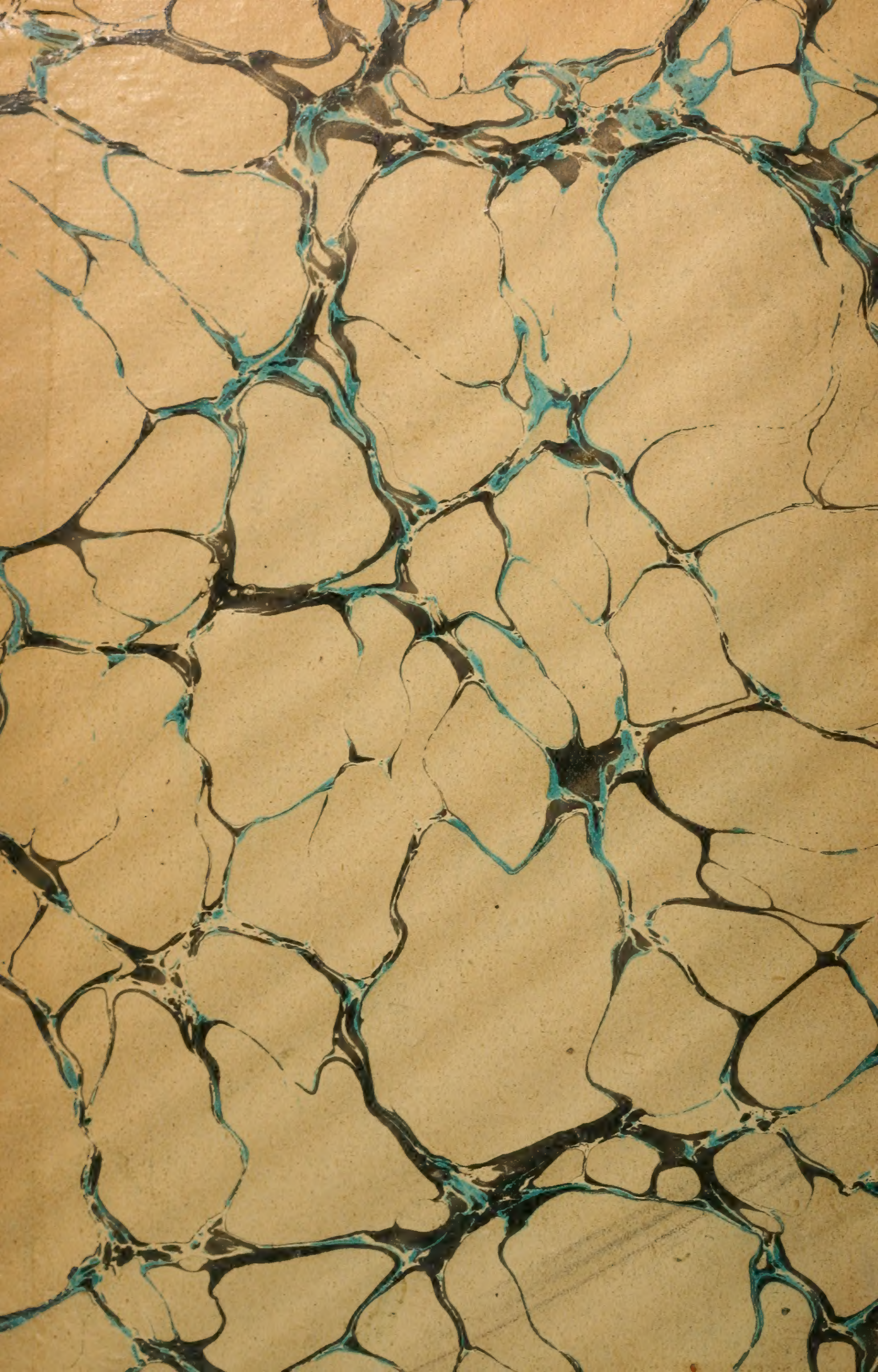
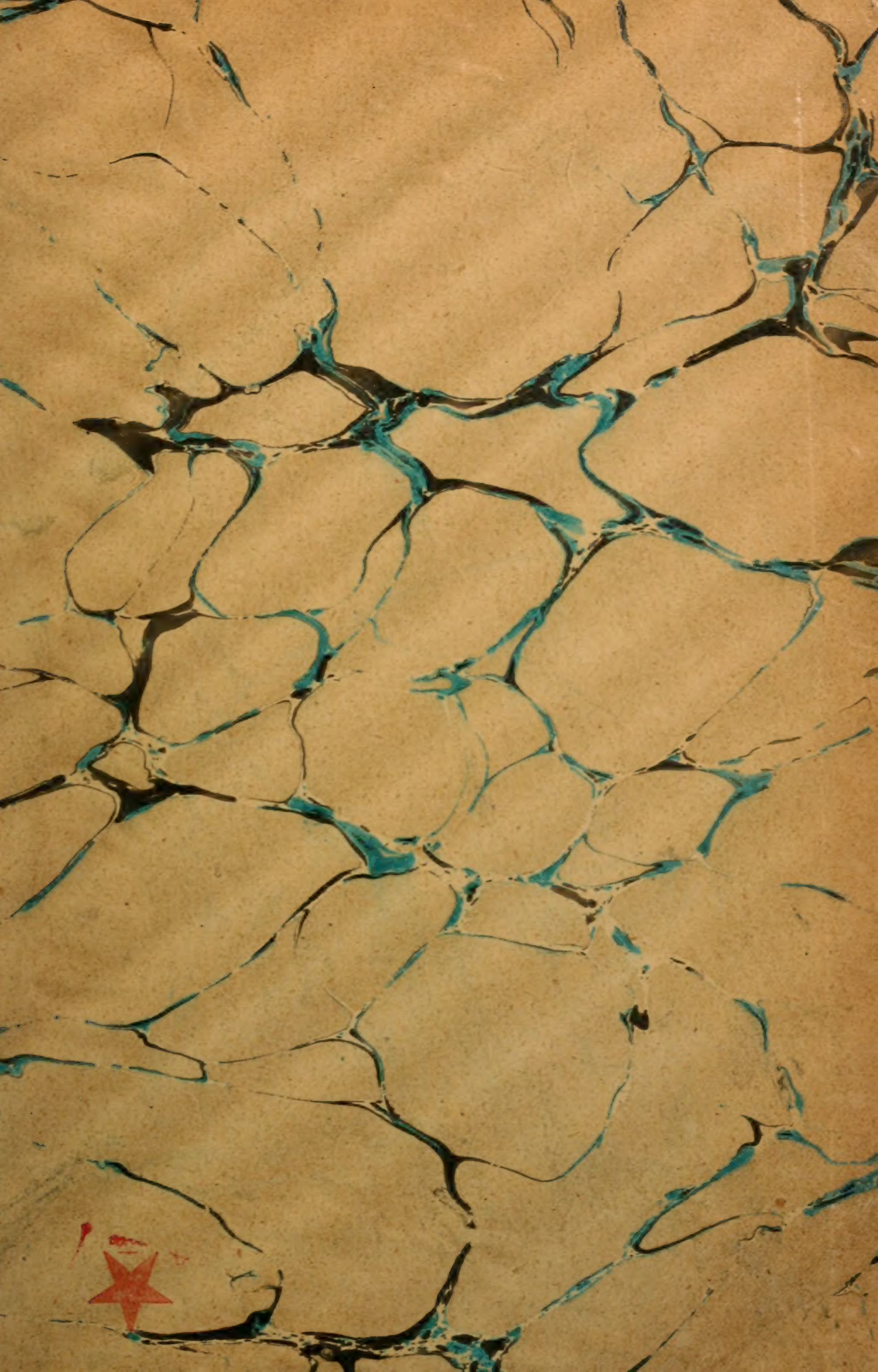
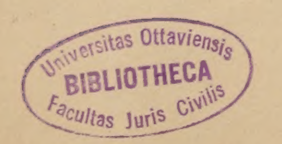







Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

ÉTUDE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

SUR LE

CONSENTEMENT DES PARENTS

AU

MARIAGE DE LEURS ENFANTS



PAR

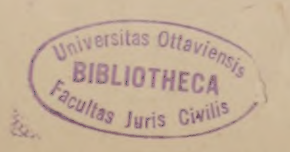
L'ABBÉ ALEXANDRE VANTROYS

DOCTEUR EN DROIT
LICENCIÉ EN THÉOLOGIE ET EN DROIT CANON,
LICENCIÉ ÈS-LETTRES
AUMONIER DU LYCÉE DE VERSAILLES

« Pour qu'une république soit bien ordon-
» née, les principales lois doivent être celles
» qui règlent le mariage ».
PLATON : *de Legibus*, IV.

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1889



PREMIÈRE PARTIE

DROIT NATUREL

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITIONS ET CARACTÈRES DU MARIAGE.

SOMMAIRE. — Définition d'Ahrens comparée avec l'enseignement de la Bible et la théorie de Platon. — Les jurisconsultes romains. — Doctrine de St. Thomas d'Aquin.— Opinion de Daguesseau. — Le mariage n'est pas un contrat ordinaire.

La société repose sur la famille, et la famille sur le mariage. « L'homme et la femme, constituant les deux moitiés d'une » unité supérieure et présentant dans leur organisation diffé- » rente la plus profonde affinité, éprouvent naturellement le » désir d'une union intime, pour se compléter réciproquement » et former par le mariage une personnalité parfaite, source et » condition de la propagation de l'espèce (1) ».

(1) Ahrens. *Cours de Droit naturel*, t. 2, p. 271. — Ahrens ne fait que rappeler une des plus gracieuses et des plus ingénieuses théories de Platon, qui veut que l'homme et la femme, séparés maintenant en deux enti-

Rapprochons de cette définition, ou plutôt de cette exposition moins juridique que littéraire et philosophique, les notions plus précises qu'ont laissées les maîtres dans la science du droit.

Le jurisconsulte Modestin définit ainsi le mariage : « *Nuptiæ* » *sunt conjunctio maris et feminæ, et consortium omnis vitæ,* » *divini et humani juris communicatio* (1) ».

Justinien, aux *Institutes*, dit de son côté : « *Viri et mulie-* » *ris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens* (2) ».

Le caractère de grandeur et de dignité, inséparable de l'union conjugale, se retrouve dans le texte et dans l'esprit des diverses définitions du mariage. On n'attend pas que nous citions, à propos de ces généralités, toutes les formules du droit canonique, qui fut, pendant si longtemps, au sein de l'Europe chrétienne, la loi unique de l'union légitime de l'homme et de la femme. Qu'on pense ce qu'on voudra, en droit, de cette autorité reconnue exclusivement à l'Église de juger, entre chrétiens, de la validité du lien matrimonial, on ne saurait méconnaître que, en fait, cette attribution n'ait eu pour résultat de maintenir le mariage à une incomparable hauteur parmi tous les contrats, en lui imprimant le cachet d'un acte religieux et sacramentel.

Nous n'avons pas à discuter la thèse du caractère religieux du mariage, au moins entre croyants. Cependant, il nous sera bien permis de constater que tous les jurisconsultes, depuis Justinien jusqu'à Portalis, se sont accordés à trouver, dans la société conjugale, un élément supérieur à tous ceux qui se rencontrent dans la formation des contrats ordinaires. Sans doute,

tés distinctes, aient formé autrefois, dans une vie antérieure, les deux moitiés d'un être unique et harmonieux. Le philosophe grec traduisait, dans son style imagé, le récit de la Genèse relatif à la création de l'homme et de la femme, suivant la théorie connue en théologie sous le nom de théorie de l'émanation.

(1) L. I, *de Ritu nuptiarum*. D. liv. 23, t. 2.

(2) *De patria potestate*, Liv. I, t. 9.

le mariage doit être réglementé par des lois fixes et précises ; mais ces dispositions législatives doivent être établies, bien plus pour en assurer la liberté et pour en surveiller la moralité, que pour en restreindre le légitime exercice. La grande difficulté sur ce point, le plus délicat peut-être que la loi ait à régler, sera d'empêcher que le droit positif, de conception toujours quelque peu arbitraire, ne vienne gêner l'application du droit naturel, de qui tout d'abord relève essentiellement le mariage.

Cette multiplicité d'aspects d'une même question a préoccupé les philosophes et les jurisconsultes : de là les points de vue divers, sous lesquels ils ont examiné le mariage. Prenons, entre beaucoup d'autres, deux témoignages autorisés, éloignés l'un de l'autre par le temps mais unis par la doctrine : ceux de St. Thomas d'Aquin et de Daguesseau.

« Le mariage, dit St. Thomas, en tant qu'il est un devoir de » nature, est réglé par le droit naturel : en tant qu'il est un » devoir de société, il est réglé par le droit civil : en tant qu'il » est sacrement, il est réglé par le droit divin (1) ».

On pourrait être tenté de prendre occasion de ce texte pour appuyer de l'autorité de St. Thomas l'opinion des civilistes qui, dans l'ancien droit, soutenaient la distinction absolue du contrat civil et du sacrement ; et qui, revendiquant pour l'État le droit de créer des empêchements dirimants au contrat civil, ne reconnaissaient ce même droit à l'Église relativement au sacrement, qu'autant que l'Église aurait préalablement admis ce contrat civil créé de toutes pièces en dehors du contrôle de la législation canonique. Ce serait, à notre avis, une conclusion erronée et bien que le but de cette thèse ne soit pas de traiter *ex professo* cette grande controverse qui a tant divisé l'ancien droit, nous croyons devoir remarquer :

1° Que cette sorte d'égalité, établie par St. Thomas, entre les

(1) St. Thomas, *in quartam sententiarum*, *distinct.* 34. 1, *quæst.* art. 1.

trois droits qui sont appelés à régler le mariage, ne saurait conférer nécessairement à l'un d'eux, par conséquent à la loi civile, le pouvoir d'exercer légitimement son autorité au delà de sa sphère d'action. Or il est clair pour nous que le Docteur, par cette délimitation si tranchée, entend que chaque droit reste sur son terrain ; il énumère, il ne subordonne pas les pouvoirs qu'il sépare.

2° Quand St. Thomas déclare que le mariage, en tant qu'il est un devoir de société, relève de la loi civile, il ne peut vouloir dire, comme une lecture superficielle de son texte le ferait croire, que la loi civile a le droit d'établir des empêchements dirimants, et d'imposer ainsi à l'Église ce que les civilistes chrétiens appelaient, avec Pothier, la matière du sacrement. Cette interprétation, outre qu'elle répugnerait à la doctrine générale du saint Docteur, serait en contradiction formelle avec cet autre texte du même auteur : « Une défense portée par la » loi civile ne suffirait pas pour créer un empêchement au » mariage, *à moins qu'à cette loi ne s'ajoutât l'autorité de l'É-* » *glise, portant la même interdiction* (1) ».

3° Enfin St. Thomas, d'accord en cela avec les canonistes catholiques, n'a pas voulu dire autre chose que ceci : on ne conteste point aux pouvoirs séculiers le droit de régler les effets civils du mariage, tels que les conventions matrimoniales, d'accorder ou de refuser aux époux certains avantages, suivant qu'ils auront observé ou violé les lois. En un mot, la puissance temporelle statue sur le temporel du mariage, voilà son domaine mais en même temps sa limite. Le lien qui constitue le mariage est de l'ordre spirituel, et ne peut tomber que sous la juridiction spirituelle.

C'est la doctrine qu'exprimait au fond le premier consul, quand il disait : « Le mariage a pour objet direct le corps et » l'âme de l'homme ».

(1) St. Thomas, *in* IV, *dist.* 42, *quest.* 11, *art.* 2.

En résumé, le mariage est essentiellement régi tout d'abord par le droit naturel, et pour le chrétien, par le droit naturel qu'interprète souverainement et infailliblement l'Église. Cette dernière assertion n'est nullement inspirée par le désir de faire une déclaration théologique, inopportune dans cette discussion juridique ; mais par le parti que nous espérons pouvoir en tirer, lorsque, en étudiant l'ancien droit, nous nous trouverons en présence d'ordonnances, de lois, qui auront la prétention parfois erronée de n'être que l'application de la législation de l'Église sur le point de droit que nous avons particulièrement à traiter.

Comme on pourrait avoir quelque défiance pour la doctrine de St. Thomas, sous prétexte qu'il aurait obéi à des préoccupations purement dogmatiques, nous citerons, sur le même sujet, le témoignage de Daguesseau, partisan convaincu et défenseur éloquent des droits du pouvoir civil :

« Le mariage doit son institution à la nature, sa perfection » à la loi, sa sainteté à la religion.

» Comme une union instituée par la nature, il consiste dans » la foi mutuelle, dans le consentement libre et volontaire que » les parties se donnent réciproquement...

» Quoique ces trois espèces de droits concourent à établir » la validité du mariage, on est obligé néanmoins de reconnaî- » tre une grande différence entre les conditions qu'ils prescri- » vent.

» Les unes sont tellement essentielles au mariage, qu'elles » ne peuvent jamais en être séparées. Elles sont générales pour » tous les lieux, pour tous les temps, pour toutes les person- » nes.... Les autres, au contraire, sont introduites plutôt par » une loi positive et arbitraire, que par un droit naturel et im- » muable. Elles ne sont nécessaires que dans un certain temps, » à l'égard de certaines personnes, et dans certaines circons- » tances. Elles sont plutôt des *précautions salutaires*, que des » *formalités essentielles*...

» La nature n'établit que deux conditions : elle ne demande » que la capacité personnelle des contractants, et la liberté de » leur consentement. Mais ces deux conditions sont tellement » essentielles que le défaut ne peut jamais en être suppléé.

» Le Droit civil ajoute d'autres conditions qui sont d'un ordre » bien différent, et qui n'étant fondées que sur une loi positive, » ne peuvent être considérées que comme des formalités néces- » saires, à la vérité, en certains cas, mais qui ne sont point ab- » solument irréparables.

» Ainsi, quoique les lois aient établi le consentement des » pères, comme une condition dont le défaut est quelquefois » capable de donner atteinte à l'engagement d'un fils de famille » mineur : vous avez néanmoins jugé par plusieurs arrêts, que » cette nullité pouvait être réparée par le long silence du père, » par la longue cohabitation du fils, et par le nouveau consen- » tement qu'il donne à son mariage après sa majorité » (1).

On voit que l'éminent jurisconsulte n'est pas moins précis que St. Thomas dans la distinction qu'il établit entre les différents droits qui s'appliquent à la réglementation du mariage. Ce qu'il importe surtout de retenir, quant à la définition et au caractère du mariage, c'est la part considérable que Daguesseau accorde au droit naturel, pour la détermination des conditions essentielles à la formation du lien matrimonial. Considérable n'est même pas assez dire, puisqu'il déclare formellement que tout ce que la loi civile exige en outre est de création positive et arbitraire, ce qui équivaut à reconnaître que le droit naturel seul peut édicter les principes qui forment l'essence du mariage.

Quels sont ces principes, quels sont ces éléments, tellement essentiels que le défaut ne peut jamais en être suppléé ? Daguesseau n'en nomme que deux : la capacité personnelle des

(1) Daguesseau, 9e plaidoyer. — Nous verrons que notre Code civil s'est montré moins favorable que l'ancien droit à la réhabilitation du mariage contracté en minorité sans le consentement de la famille.

contractants et la liberté de leur consentement. Il ne voit, dans les autres conditions d'ordre positif, que des *précautions salutaires* plutôt que des formalités essentielles.

Nous croyons que le mariage est, avant tout, un de ces actes, un de ces faits primordiaux, dont la réglementation, comme celle de la liberté, doit toujours être sage et mesurée, et que le législateur doit bien plutôt faire respecter par des garanties que contrarier par des entraves. Quand on parle de mariage, il faut se garder de commettre la faute de l'assimiler aux contrats ordinaires. Ne pourrait-on pas dire que le langage juridique lui-même répugne à ce rapprochement, lorsqu'il réserve l'expression *contrat de mariage,* non pas à la constatation officielle du lien conjugal, mais aux stipulations réciproques qui ont pour objet les biens des futurs époux? Cette nuance n'est dans les mots que parce qu'une différence, plus profonde encore, est dans les choses.

Ces idées ne sont pas nouvelles. De tout temps, ceux qui ont étudié la philosophie du droit ont été frappés par cet aspect saisissant et élevé du mariage (1).

Ce n'est donc pas seulement la religion qui veut que le mariage ne soit pas entièrement livré à l'arbitraire de la loi positive ; c'est le droit naturel, et si le mot semble trop vague, disons que c'est la conscience, interprétant au mieux des intérêts de tous, les droits de la liberté humaine, qui exige que

(1) « Est-il permis d'assimiler l'union conjugale à un contrat ordinaire ?
» Krieg, dans sa *Philosophie du mariage* est de cet avis, mais plusieurs
» moralistes et Hegel en particulier rejettent cette doctrine. Ce philosophe
» repousse formellement l'opinion de Kant qui voyait dans le mariage
» une convention synallagmatique, dont l'exécution pouvait être réclamée
» de part et d'autre... Il en écarte ce qu'il appelle l'élément subjectif pour
» y voir un rapport moral, indépendant (Hegel : *Philosophie du Droit*
» CLVIII). En Allemagne et ailleurs, beaucoup d'autres se sont prononcés, en ces derniers temps, contre l'opinion qui fait du mariage un
» contrat ou un acte civil, et ils ont raison de reconnaître la nature supérieure du mariage ». *Revue critique* 1869, t. 35, page 89 ; t. 14, p. 151.

l'union conjugale ne soit pas réglementée d'une manière trop tyrannique. On n'aura jamais dit plus opportunément que dans cette matière si délicate du mariage, que la loi ne crée point le droit, mais ne fait que le promulguer (1).

(1) On trouverait la même pensée exprimée dans l'Introduction générale du *Précis de Droit romain* de M. Accarias, p. XIX.

CHAPITRE II.

LE DROIT NATUREL ET LE CONSENTEMENT DES PARENTS AU MARIAGE DE LEURS ENFANTS.

SOMMAIRE. — Ce qu'enseigne le droit naturel. — Grotius et le consentement des parents. — Taparelli. — Eléments essentiels du mariage.

Nous avons défini le mariage, et nous avons fait ressortir le caractère élevé qui le place au-dessus et en dehors des contrats ordinaires. Nous avons maintenant à nous demander ce qu'enseigne le droit naturel, relativement au mariage, c'est-à-dire quels sont les traits fondamentaux, les lignes essentielles de cet idéal de la loi naturelle que le législateur doit (1) reproduire dans le calque de la loi positive.

Ici, plus encore que dans toute autre question de droit, en raison du caractère supérieur de l'union conjugale, se pose l'éternel problème de la conciliation entre les exigences de la liberté humaine, et les sacrifices que la loi doit pouvoir imposer à la liberté individuelle, pour le plus grand bien de la famille et de la société. La difficulté est de faire l'accord entre ces deux termes. Nous croyons qu'on peut, sans grand danger, et en se plaçant uniquement sur le terrain du droit naturel, suivre l'opinion de Daguesseau, qui ne demandait strictement que deux conditions.

Nous pressentons bien l'objection, et nous entendons qu'on nous oppose que la loi civile elle-même ne requiert pas autre

(1) Suivant le mot de M. Accarias.

chose ; que toutes ses règles se résument, en définitive, dans l'exigence d'une capacité personnelle et d'un consentement libre. Cela est vrai ; mais nous remarquerons aussitôt que, sous prétexte de capacité personnelle et de liberté dans le consentement, il est peut être excessif de vouloir que la validité du mariage dépende nécessairement de telle et telle condition, dont la présence aurait pour but de mieux assurer la capacité dans le sujet et la liberté dans l'engagement. Nous craignons que le législateur, sur cette matière du mariage, ne se soit, en général, trop abandonné au désir de tout prévoir, de tout régler, de tout codifier ; qu'il n'ait parfois sacrifié la liberté de l'individu à ce qu'il croyait être l'utilité de tous ou de quelques-uns ; et que, dans sa classification des empêchements destinés à mieux sauvegarder la capacité et le consentement, il n'ait donné une trop forte part au *dirimant* et pas assez au *prohibitif*.

Déclarer un mariage nul, en vertu d'un empêchement dirimant, c'est juger souverainement qu'il lui manque un élément essentiel, c'est-à-dire affirmer que le droit naturel, dans ses règles les plus fondamentales, a été transgressé.

Prohiber un mariage, le dire illicitement contracté, c'est par là même affirmer sa validité, en reconnaissant que cette validité n'est pas sans tache, puisque l'union conjugale a été faite en violation d'une loi prohibitive, dont l'exécution assurait la parfaite convenance, mais dont l'inexécution ne saurait entraîner la nullité du mariage. Allons-nous donc jusqu'à refuser au législateur le droit de porter des empêchements dirimants au mariage ? Oui, s'il les crée de toutes pièces ; non, s'il ne fait que déclarer, que préciser les empêchements de droit naturel. Nous reconnaissons que le législateur a le droit d'environner le mariage de précautions réglementaires, dont le respect ou la violation aurait pour conséquence, à l'égard des contractants, la jouissance ou la privation d'avantages civils et sociaux. Nous voulons même que le législateur emploie toute sa perspicacité à mettre en lumière et toute son autorité à rendre obligatoires

les conditions essentielles de droit naturel, qui régissent le mariage. Mais nous serions porté à lui refuser la faculté de rendre légitimement nul, invalide, un mariage contracté au mépris d'une loi uniquement inspirée par une considération étroite de famille, de cité, ou d'État.

Ces idées sont familières aux maîtres dans la science du droit naturel, et nous en retrouvons l'expression notamment dans le Traité sur le droit de la paix et de la guerre de Grotius qui, insistant sur la considération de respect en vertu de laquelle le consentement du père doit être demandé, conclut cependant, sans hésitation, que, passant outre, l'enfant n'expose pas son mariage à une nullité. Cet acte restera valide.

Il rappelle aussi la doctrine romaine pour l'opposer au droit naturel : le consentement de la mère, par exemple, est négligé; le fils émancipé ne se soucie plus de l'autorisation paternelle. Plus loin, les Livres saints sont mentionnés par cet auteur. S'ils s'inquiètent des volontés de la famille, c'est toujours dans un esprit de déférence ; fussent-elles négligées, de nullité, il ne saurait être question. Témoin le mariage d'Esaü (1).

Enfin Grotius, tirant sa conclusion dans le sens que nous indiquons, s'appuie incidemment sur Quintilien et nous apprenons ainsi que le célèbre rhéteur, du haut de sa chaire officielle, sut au premier siècle de l'ère chrétienne, au début de la période où fleurirent les plus grands jurisconsultes de Rome, opposer le droit de la nature à l'étroitesse, à la tyrannie du droit de la cité (2).

(1) Nous rapprocherons, à bon droit, celui de Joseph en Égypte.

(2) Grotius, *de Jure belli ac pacis*, lib. 2. cap. 5. §§ 1 et suiv. Pour ne pas prolonger cette discussion, nous renvoyons aux auteurs suivants, qui enseignent la même doctrine, et qui font vivement ressortir la contradiction, en ce point, du Droit romain avec le Droit naturel : Wolf, *de Jure nat.*, part. 7, § 95 en note. Puffendorf, *de offic. hom. et civ.*, lib. 2, cap. 3, § 10. Auguste Leysser, in méditation. *ad Pandecta*. Vol. 5, speculum 291, §§ 2 et 3.

Taparelli ne raisonne pas autrement (1).

Mais, quels sont au regard du droit naturel, les empêchements vraiment dirimants ? Quelles sont les conditions essentielles dont la loi naturelle impose l'exigence, et que la loi civile doit avant tout promulguer? Sans qu'il nous paraisse nécessaire de rechercher ici les principes philosophiques sur lesquels repose l'organisation de la famille et de la société (2), nous croyons qu'il nous suffira de dire, en employant la formule si exacte et si claire de Daguesseau, que la loi doit uniquement constater : *la capacité de la personne et la liberté du consentement*, ce qui revient à dire que, de droit naturel, il faut, pour contracter validement mariage, le *pouvoir* et le *vouloir*. C'est ce que confirme de son autorité l'auteur déjà cité (3).

On verrait dans ces lignes la classification, l'origine des empêchements dirimants qui s'applique exactement aux empêchements adoptés et consacrés par le droit canonique. L'Église n'a pas eu d'autre vue, dans sa législation sur la matière, que de consacrer l'exigence des conditions essentielles du mariage ; laissant au pouvoir civil la réglementation absolue, non pas du lien naturel et sacramentel, mais des effets civils de ce lien naturel et sacramentel supposé préexistant.

S'il nous était permis d'employer une forme d'axiome, souvent usité en droit, nous dirions volontiers : en matière de mariage, la liberté c'est la règle ; la restriction, c'est l'exception. Telle est la théorie du droit naturel (4) : telle est la

(1) *Éléments de droit naturel*, § 11, p. 158. V. aussi *Annales de philosophie chrétienne*, t. 16, p. 210.

(2) M. Boistel a traité cette importante question dans deux ouvrages, auxquels nous ferons quelques emprunts, précieux pour notre thèse : *Le Droit dans la famille* et *Cours élémentaire de droit naturel* ou de *Philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*.

(3) Taparelli, *op. citat.*, t. 2, p. 61.

(4) « Le mariage est un contrat par lequel un homme et une femme établissent entre eux l'union la plus intime et la plus complète qui puisse

doctrine du christianisme qui a tant fait pour la dignité du mariage.

Nous croyons précisément qu'on peut soutenir, en droit naturel, une solution moins rigoureuse pour l'enfant, que celle qui a prévalu dans notre Code, par exemple, et ne pas mériter pour cela le reproche d'énerver le lien familial (1).

Mais, dira-t-on, ce père n'est-il pas directement intéressé à ce que l'enfant ne fasse entrer dans sa famille, par un mariage légitime, que celui ou celle dont le choix lui agrée? Le fils lui-même ne bénirait-il pas la sécurité que lui donne pour le présent et pour l'avenir, le conseil de l'âge éclairé par la tendresse paternelle ! — Assurément, à la condition que cette intervention paternelle, si légitime et si respectable qu'elle soit, n'aille pas jusqu'à contrarier, chez le fils, l'exercice d'un droit absolu. On parle toujours, et on a raison d'une certaine ma-

» exister entre deux êtres humains. — Donc, l'homme ou la femme doit » jouir dans le choix de son conjoint de la liberté la plus absolue ; car il » est le seul juge compétent, qui puisse apprécier les mille circonstances » qui rendent ou non possible cette union souveraine entre lui et un » autre être humain. » Boistel : *Le droit dans la famille*, p. 90.

(1) « Les parents peuvent exiger que leur enfant ne se marie pas, sans » que son choix ait été contrôlé et approuvé par eux... La sanction » pourra-t-elle former la nullité du mariage célébré sans ce consente- » ment? Nous ne le pensons pas, et pour plusieurs raisons : d'abord cela » nous paraît répugner à l'essence même du mariage, qui est l'union » la plus complète entre deux êtres de sexe différent : du moment » que cette union existe réellement par l'accord de deux volontés... elle » nous semble complètement indissoluble... Je dis en outre que sans » doute il y a violation du droit des parents, laquelle doit être réparée ; » mais que cette réparation ne va pas jusqu'à exiger la nullité du con- » trat. En effet, leur autorité sera suffisamment vengée par une punition » imposée au fils qui l'aura méconnue... Or le mal causé par la nullité » du mariage est hors de toute proportion avec la faute commise... » Boistel : *Le Droit dans la famille*, page 92. — Et après avoir fait des dispositions du Code sur la matière une critique méritée, l'éminent auteur termine par ces mots : « Nous maintenons donc que le défaut » de consentement des parents au mariage des enfants ne peut jamais » être un empêchement dirimant ».

nière, du droit du père et du devoir du fils. Nous sera-t-il permis d'insinuer qu'il serait opportun de ne pas oublier le devoir du père et le droit du fils ? Ce que le fils doit toujours à son père, et sans majorité qui l'en affranchisse, c'est le respect, c'est l'honneur : *honora patrem tuum.* Ce que nous nions qu'il lui doive au même titre, sans que rien puisse jamais l'en délier, c'est l'obéissance. Il arrive un moment où par le fait de l'âge et du développement des aptitudes, le fils, qui est toujours pour son père, un enfant, devient à son tour un homme, que le droit naturel, malgré toutes les fictions du droit positif, proclame et déclare maître de sa personne et *sui juris.* Nous comprenons que s'il s'agit de la dévolution des biens, de la capacité nécessaire pour contracter dans un ordre d'intérêts relativement inférieur, le droit positif donne libre carrière à son esprit de réglementation. Mais, qu'on veuille bien ne pas perdre de vue cette observation décisive à nos yeux : on ne doit pas pouvoir traiter, réglementer, avec la même facilité, (nous ne disons pas un contrat), un état supérieur, dont la première loi est dans l'instinct de la nature, et qui touche, par ses conséquences immédiates, à ce qu'il y a de plus élevé dans les sentiments de l'âme humaine. Il y aurait là à placer, nous le sentons bien, quelques-unes de ces réflexions, dont l'analyse est difficile autant que le sujet est délicat, et devant l'expression desquelles ne reculait pas la franche et si humaine philosophie d'un saint Paul. Nous voudrions être compris, en demandant seulement de quel droit un père peut retarder jusqu'à l'âge de 25 ans, limite apposée par notre Code, l'exercice pour son fils de cette faculté, noble et sainte entre toutes, qui le met à même de faire loyalement, sans tromper personne et sans se dégrader lui-même, souche d'êtres humains, qui seront authentiquement de son sang, et qui porteront hautement son nom ! Le législateur ne peut pas se dégager de la morale, à ce point qu'il crée, volontairement et sans remède, une situation fausse et périlleuse pour le fils de famille, que l'obstination d'un père blesse dans son droit le

plus sacré. Or, il est évident que c'est là le résultat qu'atteint toute législation qui, comme la nôtre, fait du consentement du père au mariage du fils une condition *sine quà non* de la validité du lien, et cela, pendant une période de temps prolongée bien au delà de ce qu'on pourrait appeler la nubilité. Est-ce équitable ? Est-ce moral ? Nous le pensons pas.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ROMAIN

CHAPITRE PREMIER.

DIVERSES UNIONS MATRIMONIALES RECONNUES ET SANCTIONNÉES PAR LE DROIT ROMAIN.

SOMMAIRE. — Considérations générales sur la famille. — Le *consensus* du *paterfamilias* est plutôt un droit politique qu'un droit de famille. — Quatre sortes d'unions matrimoniales. — Le mariage du droit des gens est le mariage chrétien de l'ancien droit.

Dans sa *Généralisation du Droit romain*, Ortolan établit, en quelques mots précis, le véritable caractère de la famille romaine (1).

« Le fondement de la famille, dans le Droit romain, dans le
» droit général des sociétés, c'est le mariage : chez les Romains,
» le mariage civil, les noces romaines en sont bien un élément
» important : mais sa base, mais son fondement est ailleurs.

(1) Ortolan. *Généralisation du Droit romain*, p. 565.

» La famille romaine, même dans l'ordre privé, n'est pas
» une famille naturelle ; c'est une création du droit civil, du
» droit de la cité.

» La femme, épouse pour le mari, mère pour les enfants,
» n'y est pas comprise par le seul fait du mariage : elle y donne
» les enfants, elle n'est pas de leur famille. Les enfants eux-
» mêmes, leurs descendants, peuvent y être étrangers. En sens
» inverse, des personnes étrangères par le sang peuvent en
» faire partie...

» Le lien de famille n'est pas le lien du sang, le lien produit
» par le mariage et par la génération, c'est un lien de droit
» civil, un lien de puissance.

» Aussi l'exposition du droit qui la concerne commence-t-
» elle toujours, dans la législation romaine, par la théorie de
» la puissance ; celle du mariage ne vient qu'en second ordre ».

Il est impossible de mieux définir ni de critiquer avec plus de justesse la constitution de la famille romaine. La voix du sang, le cri de la nature, l'instinct de l'humanité, tout cela est sacrifié, en une matière aussi délicate, et dont la réglementation part du cœur, de la conscience, bien plus qu'elle n'a son siège dans des lois arbitrairement élaborées. Un seul mot subsiste, une seule idée domine : la *puissance*. S'il faut en croire la fable, Romulus aurait sucé le lait d'une louve ; on pourrait, sans exagération, soutenir que ses descendants ont gardé de l'héritage, du sang paternel, le tempérament rude et sauvage qui fonde le droit sur la force et qui ne s'inspire de l'affection qu'après avoir énergiquement sauvegardé les intérêts. Ce souvenir des traditions primitives de la vieille Rome nous rappelle la façon, quelque peu brutale, dont se conclurent les premiers mariages romains, dont se créèrent les premières familles. Assurément, nous n'attachons pas plus d'importance qu'il ne convient à ces légendes lointaines ; mais les futurs époux, qui auraient violemment enlevé les Sabines, sont bien de la race de ces *patresfamilias*, altiers et tyranniques, que nous allons voir à

l'œuvre, renversant les lois les plus fondamentales de la famille naturelle.

Laissant de côté les formes diverses que pouvait prendre la puissance, dévolue au chef absolu de la famille romaine, nous insistons un peu sur la nature et le caractère de la *patria potestas*, qui est, à Rome, le principe, la raison d'être unique de la nécessité du consentement du *paterfamilias*, pour la validité des justes noces de l'enfant en puissance.

Considérée dans sa primitive et brutale simplicité (1), cette puissance paternelle peut se résumer en trois propositions :

1° Le père de famille est le chef du culte domestique (*sacra privata*) (2).

2° Les fils de famille sont aussi incapables que les esclaves d'avoir un patrimoine. Tout ce qu'ils acquièrent est acquis à leur père.

3° La personne physique des fils de famille est à la disposition du *paterfamilias*, qui peut les battre, les employer aux travaux des champs, les emprisonner, à l'exception du cas où le fils était marié, même les tuer. (L. XI, *de lib. et potest.* XXVIII. 2. — Cicéron, *pro domo*, 27. — Aulu-Gelle, V, 19. — Denys d'Halicarnasse, IV, 26 et 27). Nous nous hâtons d'ajouter que ce *jus vitæ necisque* fut abrogé par la suite ; mais l'exercice de la *patria potestas* se ressentit toujours de cette barbarie primitive.

Denys d'Halicarnasse, dans les textes cités, fait une comparaison intéressante de la puissance paternelle, telle qu'elle était à Rome, et telle qu'elle avait été conçue et appliquée en Grèce. Le droit grec, beaucoup plus respectueux de la liberté de l'individu, ne prolongeait pas l'autorité paternelle au delà d'un certain âge du fils, et la plus grande punition que le père pouvait infliger à son fils était de l'expulser de sa maison et de l'exhéréder.

(1) V. Accarias. *Précis de Droit romain*, T. I, n° 75.
(2) V. Fustel de Coulanges. *La Cité antique*.

Cet empire absolu du père sur la personne du fils donne une des raisons pour lesquelles ce dernier ne pouvait contracter de justes noces sans le consentement du *paterfamilias*. Prêtre, administrateur et juge, dans l'intérieur de la famille, le *paterfamilias* exerçait plutôt, au cas du mariage de son fils, une sorte de fonction publique, qu'il n'agissait en vertu d'une attribution naturelle à la puissance paternelle. Aussi la loi romaine, plus logique en ce point et plus favorable à la liberté du fils que notre Code, permettait-elle au magistrat de la cité, de suppléer au refus déraisonnable du père, ou plus exactement du magistrat de la famille.

Dans bien des cas, le Droit romain a pris soin de corriger, d'atténuer lui-même les conséquences trop rigides de ses principes. Il nous paraît l'avoir fait particulièrement, en cette matière du mariage, par la variété, nous allions dire par le luxe des unions conjugales qu'il réglemente, et dont il admet la parfaite légitimité. Sans doute, il indique bien quelles sont et où sont ses préférences ; toutefois, à côté de ce mariage supérieur, qu'il environne de toutes les gloires et de toutes les prérogatives, il organise, même pour le citoyen, des unions d'une valeur inférieure, il est vrai, mais qui n'en sont pas moins honorables pour les conjoints et pour les enfants à naître. Les *justæ nuptiæ* étaient *un* mariage, elles n'étaient pas l'*unique* mariage : distinction des plus importantes, et dont nous essayerons de tirer parti, quand on nous opposera des textes canoniques et autres, qui déclareront, plus ou moins formellement, qu'il n'y a pas eu le consentement du *paterfamilias*. Soit, dirons-nous, il n'y avait pas de *justæ nuptiæ*, c'est-à-dire il n'existait pas, ce mariage romain, ce mariage purement civil (nous n'entendons pas jouer sur les mots), qui produisait tant d'avantages, aux termes du droit étroit de la cité, et en première ligne la puissance paternelle. Mais, au défaut de ces *justæ nuptiæ*, dont le caractère parfois si peu humain et dont l'origine païenne diminuaient singulièrement l'antique prestige

aux yeux des citoyens romains convertis au christianisme, n'y avait-il pas le concubinat dont le nom occasionne de si étranges illusions? N'y avait-il pas surtout ce mariage du droit des gens, que nous appellerions volontiers, sans prétendre rien exagérer, *le mariage*, humain, naturel, et par conséquent chrétien par excellence.

La législation romaine était, en ce point, plus libérale que la nôtre. Avant tout, elle admettait et pratiquait le grand principe de la liberté du mariage, qu'elle ne limitait guère que par l'exigence de la puberté et du consentement exempt de contrainte. Celui qui voulait, qui pouvait prétendre à la plénitude des droits du citoyen, contractait des *justes noces*; les restrictions légales, arbitraires, que rencontrait sa liberté, étaient comme compensées par l'obtention des droits et des faveurs que nous connaissons. Mais il n'avait pas que ce moyen de se marier légitimement, même aux yeux du législateur civil, d'avoir une épouse et des enfants légitimes; nous ne saurions trop insister sur cette précieuse latitude, abandonnée à chacun. En est-il de même pour le Français de nos jours? Nullement. Nous arrivons maintenant à l'analyse rapide de chacune des formes du mariage, répondant à des états juridiques et sociaux d'un ordre différent. Avec les auteurs, nous distinguerons quatre sortes d'unions :

Les justes noces.

Le concubinat.

Le mariage du droit des gens.

Le contubernium.

1° *Justes noces* (*justæ nuptiæ*).

Les justes noces (*justæ nuptiæ*) étaient le mariage romain par excellence; le seul qui fut tenu en honneur par les jurisconsultes; le seul qui produisît la puissance paternelle, dans lequel le mari avait le titre de *vir*, et la femme celui d'*uxor*, le seul

enfin qui établît véritablement entre les époux *divini et humani juris communicatio*, qui élevât la femme à la position, à la dignité de son mari, qui la fît participer à son culte privé.

D'un mot, les caractères distinctifs des justes noces étaient :

1° L'égalité entre le mari et la femme, égalité que le triomphe des principes de la religion chrétienne avait rendue plus grande encore.

2° La participation pour la femme aux dignités et aux honneurs de son mari, dont elle ne partage jamais cependant ni les droits politiques, ni aucune de ces prérogatives que les romains appelaient *officia virilia*.

3° Enfin la communauté d'existence, *consortium vitæ*, qui se traduisait pour la femme dans la nécessité d'habiter au domicile marital. Il ne faudrait pas que cette expression, *communauté*, fît illusion. La société conjugale ne porte pas sur les biens ; le mariage, à moins d'être accompagné de la *manus*, laisse subsister la distinction des deux patrimoines (1).

2° *Le concubinat* (*concubinatus*).

C'est une étrange institution que le *concubinatus* du Droit romain ; mais, si contraire qu'elle soit à la justice et à la morale rigoureuse, elle fut et elle pourrait encore devenir une nécessité, contre les dispositions trop absolues d'une législation matrimoniale. A Rome, le *concubinatus* dut sa fréquence aux lois qui prohibaient le mariage entre les ingénus et les affranchis. De nos jours, en Allemagne, l'antique concubinat subsiste sous le nom de mariage morganatique. A Rome, on prenait pour concubine, c'est-à-dire pour femme légitime d'un rang inférieur, celle qu'on ne pouvait pas épouser.

Le *concubinatus* n'était, en aucune façon, comme l'on serait

(1) Les textes cités d'ordinaire (Loi 1. *Rer. amot.* XXV, 2 — Loi 52, *de Re jud.* XLII, 1) ne sauraient s'entendre d'une véritable communauté de biens, résultant du mariage lui-même.

tenté peut-être de le croire au premier abord, si l'on s'arrêtait à la signification que ce mot a prise de nos jours, une union illicite, prohibée par les lois ou même par la morale de l'antiquité. Marcien dit expressément : *Concubinatus per leges nomen assumpsit, extra pœnam legis est* : le concubinat a reçu son nom de la loi et il ne tombe sous aucune déchéance légale. En Droit romain, le concubinat était une union aussi licite que les justes noces, les peines édictées contre le *stuprum* ne l'atteignaient pas. La théorie que nous exposons est admise d'une façon générale, mais non universelle. Nous connaissons les attaques portées contre elle. A notre avis, elles ne l'ont point renversée.

M. Gide communiqua à l'Académie des sciences morales, au mois de février 1880, un mémoire dont voici le résumé fidèle (1) : « Divers textes du *Digeste* déterminent dans quel cas et dans quelles conditions on peut prendre une concubine. Mais ces textes n'ont pas pour objet, ainsi que l'ont cru quelques commentateurs, de marquer les conditions qui rendaient légalement valable le *concubinatus*, ils indiquent seulement les cas où le concubinage est un acte indifférent, et ceux où il devient un délit. En un mot les règles du *Digeste* à cet égard sont des règles de droit pénal et non du droit civil. Le concubinat n'était donc soumis à aucune condition légale, par cette raison bien simple qu'il ne pouvait produire aucun effet légal soit entre les deux personnes ainsi unies, soit à l'égard des enfants de cette union ». Le savant professeur développant cette opinion dans une dissertation fort érudite s'attache à montrer que les textes connus sur la matière sont en majorité des dispositions pénales. Si quelques-uns touchent au droit civil c'est alors qu'ils édictent des prescriptions générales s'appliquant au delà du *concubinatus*, au *stuprum* lui-même. On

(1) V. *Nouvelle revue historique de droit,* 1880, p. 377 et s., p. 409 et s. V. aussi *Journal des savants,* mars 1880, art. de Giraud.

ne saurait les cantonner à l'union qui fait maintenant l'objet de notre étude.

M. Gide insiste sur la loi 3 § 1. *Dig.* XXV, 7 : ..... « quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pænam est » ; il fait l'historique de ces *leges*, c'est-à-dire des lois caducaires et enseigne que la préoccupation législative fut, avant tout, de séparer le concubinage avec une matrone du concubinage avec une femme n'appartenant pas à cette catégorie d'élite.

M. Giraud (1) dans la réfutation qu'il a entreprise — et que sans la mort il eût donnée plus complète — invoque à son tour l'histoire, mais dans un tout autre sens. « D'après les lois nouvelles, écrit-il, le concubinat, qui n'avait, avant Auguste, point de dénomination légale et se confondait avec les commerces illicites, ou non avouables, s'en détacha désormais complètement, et prit place parmi les conventions autorisées par le droit positif. » L'éminent jurisconsulte cite alors une conclusion de Troplong qui résume avec exactitude sa propre pensée et qu'il ratifie sans réserve. « Ce fut (le concubinat,) dit M. Troplong, une transaction entre la licence des habitudes de la république et les premières lois d'Auguste pour la réforme des mariages et des mœurs, entre l'aversion des Romains contre le mariage, et les lois proposées pour le rendre plus fréquent. »

« On croyait avoir tout obtenu en sauvant la monogamie ».

Le *concubinatus* serait une union dont les lois se sont préoccupées non point uniquement, comme le veut M. Gide, à propos de droit pénal, mais avec un autre but : celui d'en faire une union, en quelque sorte, légitime ; et les romanistes les plus célèbres des diverses époques secondent les vues de M. Giraud. Il les fait défiler devant le lecteur tenant tous en mains, pour ainsi dire, leurs propositions les plus concluantes.

Bref nous resterons fidèle, avons-nous dit, à l'opinion la plus

(1) V. *Journal des savants*, déjà cité.

répandue. La voix de M. Gide a trouvé d'ailleurs peu d'échos, mais elle en compte un fort précieux, nous le savons (1).

Le concubinat est un véritable mariage ; en conséquence :

1° Pas plus que pour les *justæ nuptiæ*, des formalités ne sont nécessaires, et cela, malgré un texte attribué à Marcien, qui paraît exiger des témoins, pour constater le concubinat avec une femme ingénue et honnête (2).

2° Le concubinat exige la puberté chez les parties (Loi 1 § 4, *de concubin.*).

3° Il ne saurait exister entre personnes que la parenté ou l'alliance, rendent incapables de contracter ensemble les *justæ nuptiæ*.

4° La même personne ne saurait être successivement la concubine de ceux dont elle ne pourrait être successivement la femme légitime (L. 1, § 3, *de concub.*). Cependant un gouverneur de province pouvait prendre une concubine dans sa province, bien qu'il ne pût y prendre une épouse véritable (Loi 5, *de concub.*).

5° Le concubinat est incompatible avec un mariage non dissous, nul ne pouvant avoir à la fois une femme légitime et une concubine. Il n'était pas plus permis d'avoir à la fois plusieurs concubines ; et si l'on trouve des textes qui paraissent contraires à cette monogamie dans le concubinat, par exemple au chapitre 14 de la 3e Lettre de Pline le Jeune, c'est que le mot *concubina* y est pris dans son ancienne signification de femme vivant dans le désordre.

On remarquera que M. Accarias, à qui nous empruntons cette énumération, ne mentionne nullement la nécessité du consentement du *paterfamilias*. La raison en est évidente : c'est que le concubinat ne faisait pas tomber sous la puissance

(1) V. Ortolan, *Explication historique des Institutes*, 12e édition. Appendice : Note de M. Labbé ; p. 695 et s. — V. *Contra* : Gaston May ; *Éléments de Droit romain*, p. 150 et s.

(2) Accarias, t. 1, p. 225.

les enfants qui pouvaient en naître ; le *paterfamilias* n'avait aucun intérêt à défendre, et par suite aucune autorité à exercer, au cas du mariage de son fils par concubinat. Si ce consentement est exigé dans les *justæ nuptiæ*, c'est que ce même *paterfamilias* ne saurait être contraint, disent les textes, d'accepter pour héritier sien un descendant dont il n'aurait pas approuvé, officiellement en quelque sorte, la filiation.

Tel est, en substance, le concubinat, union honorable, légitime, à laquelle les Romains avaient souvent recours, parce qu'elle flattait le penchant si humain de l'inconstance, peut-être aussi, rien ne nous défend de le croire, parce qu'elle offrait un moyen plus sûr de se marier avec plus d'indépendance. De ces deux motifs les auteurs, en général, ne font ressortir que le premier, et ils expliquent ainsi la défaveur qui s'attacha au concubinat. Nous souscrivons pleinement à cette manière de voir, et nous trouvons même là une explication toute naturelle du peu d'estime que le christianisme naissant manifesta pour ce genre d'union. En effet, le concubinat blessait le principe de l'égalité entre les époux, et mettait obstacle à cette noble réhabilitation de la femme, que tenta et qu'accomplit le christianisme.

Toutefois, nous pensons que la véritable raison pour laquelle l'Église chrétienne battit en brèche, autant qu'elle le put, disons mieux, autant que la loi civile consentit à s'inspirer de sa morale, le concubinat, est que cette union inférieure aux yeux de la loi prêtait, plus que les justes noces, à d'incessantes séparations ; que ces séparations, strictement légales, étaient suivies d'autres unions, nouveaux concubinats ou même justes noces, qui, pour être conformes au droit civil, n'en constituaient pas moins de coupables adultères, au for ecclésiastique. Nous n'ignorons pas que nous émettons ici une opinion qui soulève une vive controverse, puisque la conséquence de notre affirmation sera que l'Église chrétienne, à aucune époque, n'a toléré le divorce de ce qui était pour elle un vrai mariage, qu'il

s'agît de justes noces, de concubinat, de mariage du droit des gens ou même de *contubern um*. Ces différences, nées de classifications sociales, ne sauraient d'ailleurs exister pour l'Église, qui ne reconnaît, pour ses fidèles, qu'un seul mariage, le sacrement, que règle souverainement et exclusivement sa suprême autorité. Qu'on ne nous oppose pas les textes législatifs des empereurs chrétiens, sanctionnant le divorce dans les justes noces, la répudiation facile dans le concubinat. Ils prouvent, ce que personne ne songe à nier, que même le droit des empereurs chrétiens, inféodé au vieux droit quiritaire, a refusé au lien conjugal son couronnement le plus nécessaire et le plus glorieux, l'indissolubilité : ils ne prouvent pas que les empereurs chrétiens interprétaient exactement la loi de l'Église, dont ils se disaient les fils et les défenseurs. Il ne serait donc pas juste de tourner contre l'Église la tolérance qu'elle a montrée pour le concubinat, sous prétexte qu'elle ne l'a pas, dès l'origine, condamné formellement. Ce que le christianisme aimait peut-être dans le concubinat, et c'est le second motif que nous avons indiqué de sa faveur, c'était la plus grande liberté qu'il donnait à ses fidèles, d'assurer leur moralité par une union, dont la validité, même légale, n'aurait pas dépendu du consentement d'un *paterfamilias*. Ce que le christianisme rejetait dans le concubinat, ce n'était pas seulement cette inégalité choquante et antichrétienne qu'il consacrait entre les époux, c'était surtout et avant tout, la plus grande facilité de divorce qui s'y rencontrait. Dès lors la logique nous oblige à tirer cette conclusion, dont les explications précédentes délimitent la portée ; les justes noces elles-mêmes devaient être désapprouvées par l'Église chrétienne, en tant qu'elles comprenaient la faculté de divorcer.

3° *Le mariage du droit des gens.*

Ce n'est pas une des moindres gloires de l'ancienne Rome,

que d'avoir toujours placé, à côté du droit étroit de la cité, le droit plus large, qu'on appelle le droit des gens, *jus gentium*. Le citoyen romain avait à sa disposition les *justæ nuptiæ*, le *concubinatus*, suivant qu'il voulait contracter une union parfaite, ou se contenter d'un mariage honorable, quoique civilement inférieur. Le pérégrin, le barbare, l'être humain en un mot, qui n'avait pas d'autre désavantage que celui d'être privé du droit de cité, devait pouvoir se marier légitimement ; et ce moyen lui était fourni par l'union que nous appelons le mariage du droit des gens. Des auteurs, à tort selon nous, ont contesté son existence, qui ressort, et du respect qu'avait Rome pour le libre accomplissement des actes qui sont de droit des gens, nous dirions maintenant de droit naturel, et des textes, assez rares mais suffisamment clairs, que nous avons sur la matière.

Un mariage véritable peut se former entre pérégrins ou entre latins, par conséquent aussi entre latins et pérégrins, et, à plus forte raison, entre Romains et Latins ou entre Romains et pérégrins (Gaïus, C. I, §§ 29, 66 à 68, 92). C'est ce mariage entre deux personnes libres dont l'une au moins n'est pas romaine, qui par conséquent n'ont pas le *connubium* ensemble, auquel se rapporte les textes cités, et qu'on appelle mariage du droit des gens. C'est celui auquel très certainement, se réfèrent plusieurs lois romaines, parlant de *matrimonium sine connubio* ou *non legitimum* et d'*uxor injusta*.

Quels étaient au juste les effets que produisait ce mariage ? Quel était son caractère ? Ce côté de la question est resté fort obscur. On ne trouve quelques renseignements précis, quelques lumières à ce sujet, que dans un passage des *Topiques* de Cicéron : *Si mulier, quum fuisset nupta, cum eo, qui cum connubium non esset, nuntium remisit : quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet* (1). Cicéron fait sans

(1) *Topica Ciceronis, n° 18.*

doute ici allusion au mariage du droit des gens : les expressions : *Mulier nupta, cum eo, qui cum connubium non esset*... ne peuvent, en effet, s'appliquer qu'à une union de ce genre. Il résulte de ce texte un point fort important, c'est que : à la différence du *concubinatus* qui, pouvait être dissous sans qu'on alléguât aucun prétexte, il fallait, pour rompre le mariage du droit des gens, un divorce ou une répudiation assujettie sans doute à certaines formes.

Cette première prérogative nous permet d'affirmer l'existence d'autres privilèges attachés à cette union, dont le vrai caractère aura été nettement défini, quand on aura dit qu'elle est supérieure au concubinat et inférieure aux justes noces. Sauf la différence ineffaçable des nationalités, ce mariage, cela est plus que probable, communiquait à la femme la condition de l'homme. Sûrement, il rendait punissable l'adultère de la femme (Loi 13, § 1, *ad. leg. Jul. de adul.*) ; et ceci suffit à nous prouver qu'imposant plus de devoirs que le concubinat, il était aussi plus digne et plus honoré. Mais le mari ne jouissait ici d'aucun privilège quant à la poursuite de l'adultère : le droit d'accuser sa femme lui appartenait dans les mêmes conditions qu'à tout le monde (*Collatio leg. Mosaïc*, tit. IV, cap. 5) ; et par là ce mariage diffère notablement des *justæ nuptiæ*. Des principes généraux du droit, on peut conclure : que les enfants, nés d'un mariage du droit des gens, n'étaient pas regardés comme *vulgo concepti* : toutefois, ils n'avaient pas d'agnats, car l'agnation était un lien de parenté purement civil, mais ils avaient des cognats. Enfin la position de la femme et du mari dans cette union était égale : celle-ci n'avait donc pas, comme dans le *concubinatus*, un rang inférieur. C'est précisément ce dernier caractère qui décidait souvent les Romains eux-mêmes à faire usage de ce mariage. Il en était ainsi, par exemple, lorsqu'ils n'avaient pas le *connubium* avec la compagne qu'ils choisissaient, et que cependant, soit par affection véritable, soit pour satisfaire aux instances de celle-ci, ils ne voulaient pas

de cette inégalité blessante que produisait le *concubinatus*. Nous devons également remarquer, que le mariage du droit des gens favorisait la liberté des unions légitimes, puisque le consentement des ascendants n'était nullement requis pour sa validité. Cette circonstance, jointe à l'unité parfaite de condition qu'il assurait aux deux époux, le faisait sans doute rechercher fréquemment, à l'époque où les pérégrins étaient encore assez nombreux dans l'empire. Depuis Caracalla, les sujets de l'empire jouissant à peu près tous du droit de cité, le mariage du *jus gentium* disparut, ou peu s'en faut. Sous Justinien il perdit, par la suppression des Latins Juniens et des déditices, les rares applications qu'il avait conservées. — Mais, quand le Droit romain cessa d'être la loi universellement acceptée, à la suite du renouvellement social qu'occasionna le triomphe définitif des barbares, le mariage du droit des gens, qui avait été l'exception, devint la règle. On ne garda des conditions nécessaires pour la formation d'un mariage légitime, que celles qui découlent de la nature elle-même, c'est-à-dire du véritable *jus gentium*. Le *connubium*, le *consensus patrisfamilias*, débris d'une organisation politique surannée, ne furent plus exigés ; seuls, la puberté, qui est de l'essence particulière du mariage, le consentement des parties, qui est de l'essence générale de tout contrat, furent de rigueur. — Et cette législation, si humaine, parce qu'elle est vraiment libérale, c'est la gloire de l'Église chrétienne, de l'avoir sanctionnée et défendue pendant des siècles. Ce que d'autres traitent de faiblesse, d'oubli des principes, quand ils reprochent à l'Église, de ne plus demander, à peine de nullité, le consentement du père de famille pour la validité du mariage de son fils mineur mais pubère, nous le tenons pour un acte de sage autorité. Nous croyons que ce n'est pas à la prétendue confusion juridique, qui a rempli tout le moyen âge, qu'il faut attribuer les changements, si changements il y a eu, qu'a subis le droit canonique sur ce point important de discipline matrimoniale. Ce n'est

pas l'Église qui n'a plus appliqué la loi des *justæ nuptiæ* ; ce sont les *justæ nuptiæ* elles-mêmes, qui, en quelque sorte, se sont évanouies avec le dernier citoyen romain. Il n'est plus resté, dès lors, que des hommes nouveaux, qui, façonnés par l'Église dont l'influence était partout reconnue, ont entendu se marier chrétiennement, c'est-à-dire humainement et librement, sans s'occuper de savoir si l'antique puissance paternelle, qu'on ne saurait confondre avec l'autorité paternelle, leur imposait telle ou telle pratique, résultant d'un état juridique qu'ils n'admettaient plus.

4° *Contubernium*.

Nous signalons seulement pour être complet dans notre énumération ce quatrième mode d'union réservé aux esclaves. Il ne saurait ici être question du consentement du père de famille, puisque l'esclave était considéré comme une chose.

CHAPITRE II.

DU CONSENSUS QUI DOIT ÊTRE DONNÉ POUR LA VALIDITÉ DES JUSTES NOCES.

SOMMAIRE. — Motif du *consensus* que doit donner le *paterfamilias*. — Ce qui devrait être et ce qui est. — Le vrai motif est l'idée de puissance ou mieux de propriété. — *Paterfamilias* et *non parens*. — Atténuation apportée par les empereurs à la rigueur du principe. — Cas où le *consensus* du *paterfamilias* n'est plus nécessaire. — Controverse sur la conciliation des lois 3 et 16 § 1. *Dig. De Ritu nuptiarum*.

La constitution de la famille à Rome était, nous l'avons déjà vu, essentiellement despotique, et même, il est permis d'ajouter, essentiellement égoïste. La puissance paternelle était organisée, non pas comme chez nous, au moins pour partie, dans l'intérêt des enfants, mais pour l'avantage presque exclusif du *paterfamilias*. Il en était de même, quoi qu'en ait pu dire Théophile dans sa paraphrase, d'un des attributs principaux de cette puissance paternelle, du droit de consentir au mariage.

A l'époque de Justinien, on peut, il est vrai, jusqu'à un certain point, prétendre que ce droit découlait du principe qui veut *que ceux qui ont élevé les enfants, c'est-à-dire les parents, jouissent de l'honneur de consentir à leur mariage* — traduction de Théophile — mais ce qui est certain, c'est que les législateurs des époques précédentes n'avaient pas été guidés par ces considérations. On peut même soutenir que Théophile était en avance sur les idées de son temps, car nous nous associons

pleinement à cette réflexion de M. Accarias (1) : « Ces innova-
» tions des empereurs, contenaient l'ébauche d'une conception
» toute nouvelle, d'après laquelle le consentement des parents
» n'aurait plus été exigé que dans l'intérêt direct et exclusif de
» l'enfant. Mais les empereurs ne surent ni n'osèrent tirer tou-
» tes les conséquences de cette idée : et c'est pourquoi, lorsque
» Justinien fonde la nécessité du consentement paternel tout à
» la fois sur les principes du droit et sur les données de la raison
» naturelle — *nàm hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio*
» *suadet* — *pr. de Nuptiis* — il dit *ce qui devrait être* plutôt que
» *ce qui est.* »

En effet, pour employer le langage concis de M. Accarias, si *ce qui devrait être* existait réellement, il nous semble que la logique exigeait que ce ne fut pas seulement, au cas des justes noces, qu'on eût besoin du consentement du père, mais aussi bien dans l'hypothèse du concubinat ou du mariage du Droit des gens. Cette *naturalis ratio*, dont systématiquement le droit romain tenait si peu compte dans l'organisation de la famille quiritaire, ne devait-elle pas être prise en considération, surtout lorsque, le droit étroit se désintéressant ou à peu près de la question, l'unique règle était cette loi de nature que Rome se faisait gloire de respecter ? Et cependant, il n'en est pas ainsi : et c'est précisément à propos du mariage du droit naturel, que nous remarquons l'absence de cette condition, prétendue de droit naturel. Ne serait-ce pas dès lors, parce que le consentement du père de famille, nous ne disons pas du *paterfamilias* romain, n'est vraiment pas un élément essentiel à la validité du mariage de l'enfant de famille ? De plus, si les mots sous la plume de Justinien n'ont pas perdu leur véritable sens, ces expressions — *patria potestas*, *consensus patrisfamilias*, *naturalis ratio* — que réunit le même texte ne doivent-ils pas en quelque sorte, jurer de se trouver ensemble ? soutiendrait-on que la *patria potestas*, d'où dérive la nécessité du *consensus pa-*

(1) T. I, p. 185.

trisfamilias, ce qui était, fut d'accord avec la *naturalis ratio* c'est-à-dire avec *ce qui devrait être*? Mais si la *naturalis ratio* demandait impérieusement le consentement paternel, la nécessité de ce consentement subsisterait même après l'émancipation de l'enfant pubère, puisque l'émancipation n'est que la rupture d'un lien civil qui attache le père au fils. Si c'était là une application de la *naturalis ratio*, serait-ce, en cas d'adoption, au *paterfamilias*, qui peut n'être pas même un parent, mais un simple étranger, arbitrairement revêtu de la puissance domestique, qu'on s'adresserait pour obtenir le *consensus*, de préférence au véritable père suivant le sang et la nature ? Et cependant, toutes ces anomalies seront consacrées par la loi civile. Qu'on n'abuse donc pas de ce terme — *naturalis ratio* — dont l'emploi pourrait faire croire que Justinien a réellement imposé aux justes noces une législation tirée du droit de nature. Il n'en est rien. Les *Institutes* ont confondu, sciemment ou involontairement, peu importe, deux théories profondément différentes : celles du droit civil et du droit naturel.

En résumé, l'examen du texte de Justinien et la comparaison avec les principes généraux du Droit romain nous permettent de poser ce dilemme :

Ou le consentement du père de famille au mariage de son fils est nécessairement requis de droit naturel ; et alors toute union matrimoniale doit exiger cette condition, ce qui n'a pas lieu.

Ou le consentement du père de famille au mariage de son fils n'est requis qu'en vertu d'un droit purement civil et arbitraire, pour une union d'un genre particulier, en vue d'assurer aux époux des avantages purement civils ; et alors Justinien se trompe, quand il fait découler du droit naturel la nécessité de ce consentement.

Donc il est impossible de s'appuyer sur le Droit romain bien compris, pour établir et soutenir cette opinion : que le fils de famille, de droit naturel, ne saurait se marier légitimement, sans le consentement de son père.

En réalité, il n'y a qu'un motif, unique et plus positif, pour expliquer la nécessité du consentement du père au mariage du fils. Le mariage devait faire entrer de nouveaux membres dans la famille ; car les enfants nés du fils tombaient sous la puissance paternelle du *paterfamilias*. Rien de plus naturel qu'il ne pût être contracté sans l'assentiment de celui qui allait être le chef et le maître de ces nouveaux membres. Le souci de la transmission du patrimoine passe avant le respect de la liberté humaine, dans un acte si délicat et d'un intérêt si personnel : « Ne ei invito suus hæres adgnascatur » dit Justinien (1).

Bref, cette condition de *consensus* du *paterfamilias* n'est pas de droit naturel, nous croyons pouvoir l'affirmer malgré le texte que nous avons cité. Sa nécessité est une conséquence de l'organisation arbitraire de la famille romaine ; c'est une création d'ordre civil, restreint, visant un état social qui n'existe plus.

Des principes exposés, il résulte d'une manière générale, que ce *consensus* doit venir, non du père, mais du *paterfamilias*, distinction qui ne réside pas en une simple question de mots. Ce n'est donc pas nécessairement celui qui engendre, *pater qui genuit*, encore moins la mère, cet autre *parens*, dont les enfants prendront l'indispensable avis pour se marier, c'est dans la rigueur du droit primitif (2), le *paterfamilias*, c'est-à-dire le maître, le roi de l'État domestique, vers qui convergent, en vertu du lien de puissance et non du sang, tous les membres de la famille romaine.

Des quatres espèces de puissances, qui existaient dans le droit

(1) *Inst.* L. I, t. XI, *De adoptionibus*.

(2) Nous parlons de rigueur. Ce mot revient souvent, en cette matière, sous la plume. Que l'on songe ici que l'*alieni juris*, quel que soit son âge, ne sera jamais dispensé de l'exigence du *consensus* ; que les privilèges des militaires, si nombreux cependant, si importants, ne les dispenseront pas de cette nécessité et qu'enfin, au cas de divorce et de nouveau mariage entre les mêmes parties, le *consensus* est encore demandé.

classique, la *potestas dominica*, la *patria potestas*, la *manus* et le *mancipium*, il en est deux, la *patria potestas* et la *manus*, qui ne peuvent appartenir qu'à des hommes. Voilà pourquoi, en principe, la mère ou la *materfamilias* n'était jamais consultée pour le mariage de ses fils. Cependant *Valens et Valentinien*, après eux Honorius et Théodose,— 364-378 — exigèrent que la fille mineure de 25 ans, bien qu'émancipée, *a fortiori* si elle ne l'était pas, prît encore le consentement de son père, et, si ce dernier était mort, le consentement de la mère et des proches parents (1). Ces dispositions étaient des dérogations totales aux principes du droit primitif. Si on était tenté de voir, dans ces lois, un acheminement heureux vers l'application de cette *naturalis ratio* qu'invoquait Justinien, nous remarquerions que le progrès n'était pas encore très sensible, puisque la proximité des parents à consulter se calculait suivant le degré d'agnation, et non de consanguinité qui détermine seule la véritable parenté naturelle. Ce qui le prouve davantage, c'est que les empereurs ajoutent à ces décisions raisonnables une autre disposition assez burlesque : si la fille mineure de 25 ans qui n'a ni père ni mère n'ose se prononcer entre plusieurs prétendants également honorables, le juge choisira pour elle.

Ce n'est pas seulement la mère, qui, dans la rigueur du droit, est toujours écartée, quand il s'agit du mariage de son fils, et, cela parce qu'elle n'a jamais eu la puissance paternelle ; c'est aussi le *paterfamilias* lui-même, dont le consentement n'est plus requis, lorsqu'il ne peut plus exercer sur le fils qui veut se marier les droits de la *patria potestas*. Or le fils de famille avait plusieurs moyens de se libérer de la puissance paternelle. Il pouvait être donné en adoption par son père naturel ; et, suivant le principe absolu du vieux Droit romain que l'adopté passe sous la puissance de l'adoptant au même titre qu'un descendant issu *ex justis nuptiis*, c'est à l'adoptant qu'il doit deman-

(1) Code, Lois 18 et 20. V. 4.

der le consentement pour contracter à son tour des justes noces. Justinien, il est vrai, adoucit ces conséquences exagérées de la fiction de l'adoption, en décrétant que l'adoption faite par un ascendant serait la seule qui emporterait anéantissement complet de la puissance du père naturel ; par conséquent, si l'adoptant était un *extraneus*, l'adopté restant sous la puissance de son père naturel ne change pas de famille, et c'est à lui qu'il doit demander le consentement nécessaire à son mariage.

Le fils de famille, en général, l'enfant *sui juris*, si jeune qu'il soit, pourvu qu'il soit pubère, se marie régulièrement sans consulter personne, quelle que soit la cause de son émancipation. Néanmoins les femmes, à l'époque où elles étaient en tutelle perpétuelle, avaient besoin de *l'auctoritas tutoris* (Ulpien, XI, 22). Mais on sait que cette *auctoritas* finit par dégénérer en une formalité illusoire. Il en était ainsi, soit que l'émancipation résultât d'un acte exprès de la volonté du père, soit qu'elle provînt de certains faits qui la conféraient au fils, lorsque, par exemple, il était *inauguré* flamine de Jupiter (1), ou lorsque, après Justinien, il était investi du titre honorifique de patrice. L'empereur (L. 5. *Code de consul.* XII, 3.) donne de son innovation un motif assez ridicule. Le patrice devient, par métaphore, le père de l'empereur ; dès lors il serait intolérable que celui-ci, moins puissant qu'un père de famille, ne pût soustraire à la puissance paternelle celui qu'il s'est choisi pour père. Cette appréciation est de M. Accarias, qui ajoute un détail piquant : Dès avant Justinien, le patrice était réputé père du prince. Et de là cette sanglante ironie adressée par Claudien au patrice Eutrope, ancien préfet de Constantinople, qui avait été condamné à la déportation et avait vu en conséquence ses biens confisqués :

(1) C'est l'expression dont se sert Cicéron, *Phil.* II, 43, pour désigner la consécration des flamines, où intervenaient les augures.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit!
Non aliter poteras principis esse pater (1).

Les choses changeront avec le temps ; car si l'émancipation, et par suite le droit de contracter des justes noces sans le *consensus* du *paterfamilias,* était la conséquence de cette sorte d'affiliation civile à la famille du prince, qu'entraînait la qualité de patrice ; plus tard, les membres de certaines familles royales trouveront, précisément dans cette situation, un obstacle de plus à la liberté de leur mariage.

Nous savons qui doit donner le *consensus :* le *paterfamilias*, lequel peut être le père, mais lequel peut être aussi un autre ascendant paternel, d'un degré plus éloigné. C'est l'application d'une règle contraire à celle du Droit français, qui veut que le consentement vienne de l'ascendant le plus proche du père ; et qu'à son défaut, la faculté de consentir au mariage d'un descendant soit exercée plutôt collectivement par l'ensemble des ascendants du même degré, que réservée à un ascendant privilégié. Ce ne sont donc pas les mêmes principes qui régissent les deux droits, et, en conséquence, il n'est pas permis logiquement d'expliquer les dispositions de l'un par les dispositions de l'autre.

Nous savons également qui n'a pas à donner le *consensus* : la mère, dans aucun cas, à l'exception d'une hypothèse particulière prévue plus haut, parce qu'elle n'a jamais eu la puissance paternelle : le *paterfamilias*, lorsque son fils émancipé de quelque manière que ce soit, s'est soustrait à la puissance paternelle, en devenant *sui juris*.

Nous en aurions fini avec cette question, s'il ne nous restait à élucider une controverse. Le consentement du *paterfamilias* est nécessaire, avons-nous dit, parce qu'il est investi de la puissance paternelle : *Nuptiæ consistere non possunt*, dit Paul, *nisi consentiant omnes : id est, qui coeunt, quorumque in potestate*

(1) In Eutrop. Lib. II, prolog. v. 49 et 50.

sunt (1). Ce consentement nécessaire sera-t-il toujours suffisant. N'y a-t-il pas des cas où le consentement du fils de famille, père lui-même, devra s'ajouter au consentement du *paterfamilias*, lorsqu'il s'agira du mariage d'un enfant de ce fils de famille lui-même encore en puissance ? Pour répondre avec ordre, il faut distinguer entre les filles et les fils.

Pour les filles, aucune controverse n'est possible, la question n'est pas douteuse ; car les textes sont formels et tous d'accord entre eux : le consentement de l'aïeul suffit : *Nepote uxorem ducente*, dit Paul, et *filius consentire debet : neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet* (2). Cette solution se rattache à la règle, tant de fois invoquée : *Nemini invito hæres suus adgnascitur*. En effet, la petite-fille pourra bien tomber sous la puissance de son père, être *hæres sua* par rapport à lui ; mais ses enfants ne doivent point être sous la puissance de leur grand'père maternel : ils doivent être sous la puissance de leur père ou de leur grand'père paternel. Il n'est donc pas nécessaire que celui qui est actuellement *filiusfamilias* consente au mariage de sa fille, comme il est nécessaire, en principe, qu'il consente au mariage de son fils.

Pour les fils, la solution ne se présente pas avec la même évidence. Nous sommes en présence de deux textes complètement contradictoires. D'un côté, la loi 16 § 1 que nous avons déjà citée, et qui nous dit formellement, dans sa première partie : *Nepote uxorem ducente, et filius consentire debet*. De l'autre, la loi 3 *de Ritu nuptiarum*, qui n'est ni moins claire ni moins expresse ; elle est, en effet, conçue en ces termes : *Si nepotem ex filio, et nepotem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos*, ME SOLO AUCTORE, *contrahi posse Pomponius scribit* : ET VERUM EST. Impossible, on le voit, d'imaginer deux solutions plus contraires.

La première se comprend admirablement ; elle est conforme

(1) L. 2 *de Ritu nuptiarum*.
(2) L. 16 § 1, *de Ritu nuptiarum*.

aux principes généraux du Droit romain, aussi bien qu'à la règle : *Nemini invito hæres suus adgnascitur*. Car, à la mort du grand'père Primus, le petit-fils Tertius sera sous la puissance de Secundus, il sera *hæres suus* par rapport à Secundus ; de même les enfants de Tertius seront sous la puissance de Secundus, il est possible qu'ils soient *hæredes sui* par rapport à Secundus. Or, aux yeux des jurisconsultes romains, il serait bizarre que ce résultat se produisît sans que Secundus eût consenti au mariage dont sont issus ces enfants. Pour ôter à un fils actuellement en puissance un *hæres suus*, le grand'père n'a pas besoin du consentement de son fils ; mais, au contraire, il ne peut lui donner un *hæres suus* qu'autant que ce fils y consent. Tout cela est d'une incontestable logique. D'où vient la solution opposée, tirée de Pomponius, et que Paul, l'auteur du premier texte, fait sienne en ajoutant : *et verum est* ?

Un grand nombre d'interprètes ont essayé de concilier ces deux affirmations, apparemment contradictoires.

Accurse (1) prétend que la loi 3 fait allusion au cas où le fils serait mort ou furieux ; plusieurs autres textes disent en effet expressément que, dans cette double hypothèse, le consentement de l'aïeul suffit. M. Demangeat défend ce système, dans une note où il s'exprime ainsi : « Dans la loi 3 *de Ritu nupt.*, » on suppose que le père du futur mari est prédécédé : tout » ce que veut dire Paul après Pomponius, c'est que, les deux » futurs époux étant en puissance, il est cependant possible » que le consentement d'une seule personne soit nécessaire ». Cette explication est ingénieuse, mais elle ne nous paraît qu'ingénieuse. C'est une allégation purement divinatoire, une affirmation qui ne s'appuie sur aucune preuve ; ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire. Paul, dans la loi 3, ne s'occupe en aucune façon de la mort ou de la folie. Selon nous, cette explication ne doit donc pas être admise.

(1) V. *Glossa magna ad hanc legem.*

Cujas propose une autre interprétation. Suivant ce grand jurisconsulte, la loi 3 aurait fait à dessein une exception au principe posé par la loi 16. Cette exception aurait été admise dans l'espèce prévue par notre texte, c'est-à-dire pour les mariages entre cousins-germains, parce qu'on ne pouvait alors raisonnablement supposer que le fils s'opposerait à un mariage contracté avec une femme, qui faisait déjà partie de sa famille, et dont le choix agréerait au *paterfamilias*, l'auteur commun. Ce système nous paraît de beaucoup préférable au précédent : il a, en effet, sa base dans le texte de la loi 3 elle-même ; mais nous ne croyons pas cependant qu'il doive être adopté.

Malgré l'autorité qui s'attache aux solutions d'Accurse et de Cujas, nous nous permettons de croire que les raisons apportées par eux ne sont pas décisives, et qu'ici, comme dans beaucoup d'autres passages du *Digeste*, il faut reconnaître qu'il existe entre nos deux textes une antinomie presque insoluble. Mais d'où vient cette antinomie ? On ne saurait le dire d'une façon positive. La seule cause, peut-être, est une erreur de copiste, par suite de la précipitation fâcheuse avec laquelle fut composé le *Digeste* (1) ; un des passages de Paul aura sans doute été mal copié. Ou bien encore, ce qui n'aurait rien de bien extraordinaire — les auteurs modernes les plus autorisés, les tribunaux, les cours d'appel, la cour suprême elle-même, nous en donnent tous les jours l'exemple, — Paul a changé d'opinion sur ce point. Cette conjecture est d'autant plus admissible que les deux passages de Paul sont tirés d'ouvrages différents. La loi 16, § 1 est tirée du *Commentaire* sur l'Édit perpétuel : la loi 3 du *Commentaire* sur Sabinus. Nous aurions ainsi, on peut au moins l'insinuer, une opposition entre la décision de la jurisprudence prétorienne, élevée à l'autorité d'une loi constante, et l'avis particulier d'un des plus grands jurisconsultes

(1) Il fut confectionné dans l'espace de trois ans.

de Rome, dont Justinien, par inadvertance, fit une loi en contradiction avec un autre texte législatif non moins formel. Quoi qu'il en soit de cette controverse sur laquelle nous ne formulons que des hypothèses, répétons que, selon nous, nous sommes en présence d'une antinomie tellement flagrante, tellement irréductible, que les interprètes les plus habiles parviendront bien difficilement à concilier, d'une manière qui coupe court à toute réplique, ces textes contradictoires.

CHAPITRE III.

QUALITÉS ET CONDITIONS DU CONSENSUS.

SOMMAIRE. — Le *consensus* doit être déterminé. — Peut-il n'être que tacite ? — Il doit précéder les justes noces.

La cause juridique de la nécessité du *consensus* du *paterfamilias* nous est connue ; c'est la *patria potestas*. Nous venons de voir qui doit donner ce *consensus*. La logique nous paraît imposer maintenant la recherche des qualités et des conditions du *consensus*. A notre avis, on peut les résumer dans ces trois mots : le *consensus* doit être *déterminé*, il peut n'être que *tacite*, il doit *précéder* les justes noces.

1° Le *consensus* doit être déterminé.

Voici d'abord le texte qui contient la loi relative à la détermination, à la spécialisation du *consensus* : « *Generali mandato » quærendi mariti filiæ familias non fieri nuptias, rationis est. » Itaque personam est ejus patri demonstrari qui matrimonio » consenserit, ut nuptiæ contrahantur, necesse est* (1) ».

C'est un principe de raison, de bon sens, *rationis est*, que la théorie du mandat général ne saurait trouver ici son application ; la fille de famille ne peut pas se croire autorisée à se marier par de justes noces, si le *paterfamilias* ne lui a donné qu'un consentement général, ne lui a exprimé qu'une sorte de désir vague et indéterminé de la voir contracter mariage. Il faut, continue le texte, que la personne du futur époux ait été mon-

(1) L. 34. Papinien, liv. 4, *Resp*.

trée, *demonstrari*, au père qui consentira, ou, tout au moins, puisque nous allons établir que ce *consensus* peut n'être que tacite, que le *paterfamilias* connaisse la personnalité physique, juridique, sociale de celui que sa fille recherche en mariage, qu'il sache, en un mot, *de visu* ou par quelque autre moyen, de qui il est question. Nous trompons-nous ? Mais il nous semble que cette fille de famille qui reçoit le mandat de chercher un mari, ou tout au moins au sujet de laquelle il est parlé de mandat conféré par le *paterfamilias* de lui chercher un mari, relativement à laquelle le jurisconsulte se pose la question de savoir si le mandat général suffirait à sanctionner ses justes noces, n'est pas tout à fait cette fille que la langue juridique, interprète de la réalité des choses, dit être donnée ou même vendue par le *paterfamilias*. Il y a peut-être là — nous ne voulons rien exagérer, — le germe d'une certaine liberté, d'une certaine latitude accordée même à la fille de famille de se marier avec plus d'indépendance ; c'est un principe de sage affranchissement qui se développera peu à peu, avec une prudente lenteur, et contre lequel proteste vainement l'emploi continuel de cette expression surannée : *donner sa fille en mariage*. Quoi qu'il en soit de cette remarque, sur laquelle nous n'insistons pas, il reste établi que le *consensus* du *paterfamilias* doit être déterminé. C'est la solution que dictait le bon sens, *rationis est*, qu'imposait la dignité de l'intervention du chef de la famille, et qui a passé dans notre Code ; car nous verrons que l'autorisation en blanc, qui équivaudrait au *mandatum generale* de Papinien, est inefficace à démontrer la vérité du consentement de l'ascendant. Nous pensons bien qu'on ne saurait soutenir que notre texte, ne parlant que des filles de famille, ne s'applique pas aux *filiifamilias*. Ce serait une interprétation d'autant plus inadmissible qu'il faudrait au contraire, cela est de toute évidence, défendre ici un *a fortiori*. En effet, s'il était possible que l'autorité du *paterfamilias* se relâchât, sous la forme d'un mandat purement général, de sa rigueur et de son absolutisme, cet adoucissement

se produirait surtout dans le mariage de la fille, qui intéresse beaucoup moins, pour le présent et pour l'avenir, sa famille paternelle. Or il arrive précisément que cette faveur du mandat général n'est accordée pas même à la fille de famille. Donc le fils de famille, dont les justes noces aurait pour le *paterfamilias*, dans ses intérêts, dans son hérédité, des conséquences bien plus graves, ne pourrait invoquer le silence, l'*a contrario* du texte de Papinien, pour prétendre au bénéfice du mandat général. D'ailleurs, nous allons immédiatement, à l'occasion de la seconde des conditions du *consensus*, élucider une controverse, dont un des points est justement l'affirmation de cette vérité juridique incontestable, que ce qui touche le fils de famille doit être plus sévèrement réglementé, ou tout au moins aussi sévèrement que ce qui concerne la fille de famille.

2° Il suffit que le *consensus* soit tacite.

La rigueur du formalisme romain n'est jamais allée jusqu'à exiger un *consensus* expressément, solennellement donné ; un consentement tacite, c'est-à-dire la connaissance du fait du mariage non accompagnée d'une opposition de la part du *paterfamilias*, était pleinement suffisant. *Cæterum*, dit Pothier dans ses Pandectes, *hunc consensum sufficit esse tacitum : qualis est ejus qui scit nec contradicit*. Et il cite immédiatement la loi romaine qui contient cette doctrine : « *Si* (*ut proponis*) *pater* » *quondam mariti tui, in cujus fuit potestate, cognitis nuptiis* » *vestris non contradixit : vereri non debes, ne nepotem suum* » *non agnoscat* (1) ». A ce texte d'une clarté indiscutable, et qui est une réponse de l'empereur Alexandre, Pothier ajoute un rescrit des empereurs Sévère et Antonin, qui n'est pas moins probant : « *Si nuptiis pater tuus consensit, nihil oberit tibi quod* » *instrumento ad matrimonium pertinenti non subscripsit* ». Ce qui revient à dire que non seulement ce *consensus* n'a pas besoin d'être revêtu d'aucune solennité, mais même qu'il ne

(1) Loi 5, Code *de nuptiis*.
(2) Loi 2, *eodem titulo*.

demande aucun acte positif, et peut résulter d'une simple abstention du *paterfamilias*. Cette latitude accordée aux justes noces nous paraît résulter d'une double considération : d'abord, de ce que le mariage, en Droit romain, n'était pas un contrat, à moins qu'on ne veuille le faire rentrer dans la catégorie des contrats innommés? ensuite de la faveur bien naturelle que méritait l'union conjugale, du type, du modèle supérieur, comme l'étaient les justes noces.

Tous les auteurs sont d'accord pour affirmer que, dans le dernier état du droit, le consentement du père pouvait n'être que tacite, même à l'égard du fils de famille. Mais il y a divergence sur la question de savoir si, dans l'ancien droit, il n'aurait pas fallu établir une différence entre le fils et la fille de famille ; et dire que ce *consensus* pouvait n'être que tacite à l'égard des filles, tandis qu'il devait être formel à l'égard des fils de famille. « En ce sens, on tire un argument *à contrario* » d'un texte où Paul se contente d'un consentement tacite » quand il s'agit d'une fille : loi 11 *de stat. hom.* I, 5 (1) ».

Or voici ce texte, qui, à première vue, semble dire tout le contraire de ce qu'on veut lui faire exprimer: « *Paulus respon-* » *dit eum, qui vivente patre et ignorante de conjunctione filiæ* » *conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei,* » *ex quo conceptus est, esse non videri* », c'est-à-dire en traduisant aussi littéralement que possible : « *Paul a répondu : Celui* » *qui a été conçu du vivant de son aïeul, chef de famille, lequel* » *paterfamilias ignorait le mariage de sa fille, ne doit pas être* » *regardé comme le fils légitime, issu des justes noces de celui de* » *qui il a été conçu, encore bien que cet enfant soit né après* » *la mort de son aïeul* ». Mais , si cet enfant n'est pas un *justus filius*, la raison en est que ses *parentes* n'ont pas été unis par de justes noces ; et, s'il n'y a pas eu de justes noces, c'est évidemment, à en croire le texte, parce que l'aïeul,

(1) Accarias, t. 1, p. 187, note 1.

qui était le *paterfamilias*, vivait au moment du mariage qu'il a cependant ignoré. Ce *paterfamilias* n'a donc pu donner son *consensus*, ni formellement, ni tacitement ; il ignorait que sa fille se mariait. *Qui tacet consentire videtur*, signifie, si nous ne nous trompons : celui qui se tait, ayant la possibilité de parler, connaissant le fait où il pourrait intervenir, celui-là, en se taisant, permet qu'on interprète son silence dans le sens d'un acquiescement, d'un consentement. Or, nous le répétons, d'après Paul, si nous lisons bien son texte, le *paterfamilias* ne savait pas que sa fille se mariait. Dès lors nous serions en dehors de l'hypothèse ; il n'y aurait pas eu de consentement formel, c'est incontestable : il n'y aurait même pas eu, à notre avis, de consentement tacite, puisqu'on dit du *paterfamilias*, *ignorante de conjunctione filiæ*. Ce ne serait plus la question de telle ou telle qualité du *consensus*. Le mariage serait nul, le fils ne serait pas *justus*, parce qu'il n'y a pas eu du tout de consentement de la part du *paterfamilias*. En conséquence, nous avouons ne pas comprendre la valeur du texte invoqué, pour la controverse présente.

Mais peut-être faut-il raisonner autrement et dire : Il n'y a pas de justes noces, parce que l'aïeul, *paterfamilias*, n'a pas connu de son vivant le mariage de sa fille, et qu'il est mort avant la naissance de son petit-fils. D'où par *a contrario*, s'il avait simplement *connu* — ce mariage, et que ce mariage se fût accompli sans qu'il s'y opposât, il y aurait eu justes noces, le consentement tacite suffisant pour le mariage d'une fille. Nous le voulons bien : nous regrettons cependant, si tel est le sens exact de la réponse de Paul, que ce grand jurisconsulte, si limpide d'ordinaire, ne se soit pas exprimé avec plus de clarté. Nous ajoutons que, dans ce cas, *l'a contrario*, dont parle M. Accarias (1), ne devrait pas avoir pour but de prouver l'exigence du consentement formel, quand il s'agit d'un fils ; mais d'établir,

(1) Cité plus haut.

il nous semble, par *a contrario* de l'ignorance du *paterfamilias*, que la simple connaissance du mariage de la fille, c'est-à-dire le consentement purement tacite, suffit à rendre légitimes les justes noces de la fille de famille. Ce ne serait que par un second *a contrario* greffé, en quelque sorte, sur le premier, et dont la survenance accuserait peut-être l'abus, qu'on pourrait arriver à faire dire à notre texte, que le consentement du père devait toujours être formel à l'égard des fils.

Quoi qu'il en soit de cette discussion, que nous n'avons soulevée et cherché à élucider que pour montrer notre vif désir de nous conformer, le plus possible, à la doctrine d'un aussi savant maître, nous revenons à notre question, en lui donnant la réponse que fournit M. Accarias. La loi 11 *de statu hom.*, dit-il en substance, ne prouve rien, parce que ce texte est emprunté à un recueil de *responsa*, destinées à n'éclairer que des espèces particulières. L'une ne parle que du mariage des filles, parce que l'hypothèse sur laquelle il était consulté ne visait que le cas du mariage d'une fille. Ce n'est pas le lieu d'appliquer l'axiome : *qui dicit de uno negat de altero.*

On pourrait peut-être objecter que la solution que l'on tire de ce texte, et suivant laquelle le *consensus* peut n'être que tacite pour les filles, n'est elle-même, si nous ne sommes pas dans l'erreur, qu'une conséquence de ce même axiome : *qui dicit de uno, negat de altero* ; et que la stricte logique condamnerait une méthode qui consiste à répondre à l'objection par le même principe que celui qui sert à établir la thèse. Nous n'insistons pas davantage, nous contentant de conclure à l'impossibilité de rien affirmer d'absolu, sur la seule autorité du texte de la loi 11.

On tire un autre argument de même nature, c'est-à-dire, par *a contrario* pour prouver que, dans le principe, le *consensus* du *paterfamilias* devait être exprès pour les fils de famille, de la loi 7, § I, *de sponsalibus*, ainsi conçue : « *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur* ; *in-*

telligi tamen semper filiæ patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit. » Donc, dit-on, un consentement exprès est nécessaire pour les fiançailles du fils, et par conséquent aussi pour son mariage. « Telle n'est pas à mes yeux, dit M. Accarias, la signification du texte. Je l'entends des cas où le père » fou, captif ou absent, ne peut pas manifester sa volonté. Il » signifie qu'alors une fille peut contracter des fiançailles valables... qu'elle peut aussi se marier, tandis qu'à l'égard d'un » fils il y aurait au moins discussion (1). » Cette explication est ingénieuse : mais ne part-elle pas d'une supposition, d'une hypothèse plutôt affirmée que démontrée ? Où voit-on dans le texte cité qu'il y soit question de la fille du fou, du captif ou de l'absent ? Sans doute, si l'on se reporte à la loi 25 au code *de Nuptiis* et qu'on rapproche la solution qu'elle donne de celle de la loi 7 *de sponsalibus*, il est possible de soutenir l'opinion de M. Accarias ; mais pour qu'une loi puisse être sûrement commentée, expliquée par une autre, il est nécessaire à notre avis, qu'un mot, qu'un indice, communs aux deux lois, autorise cette exégèse comparée. Or, nous le répétons, la loi 7 *de sponsalibus* ne dit absolument rien des cas prévus dans la loi 25 *de nuptiis*.

Cette hésitation que nous éprouvons à nous ranger absolument du côté de M. Accarias dans cette question nous vient encore de l'autorité de M. Demangeat, qui paraît bien penser qu'à l'origine, le *consensus* donné au mariage du fils devait être exprès : « On peut conclure de certains textes, dit-il, et cela se rattache » encore à la règle *Nemini invito hæres suus adgnascitur*, que, » dans l'ancien droit, pour la validité du mariage d'un fils, » il fallait que le père donnât un consentement exprès, tandis » que pour le mariage d'une fille il suffisait d'un consentement tacite. (Voyez, au *Digeste,* Paul, loi 7, § I, *de sponsalibus* (XXIII, 1) et loi 11, *de statu hom.* (1, 5). Mais on finit par

(1) Accarias, t. I, p. 187, nº 1.

» admettre que le consentement tacite suffirait toujours. C'est » ce qui résulte clairement d'un rescrit de l'empereur Alex- » andre. » (1) Et le savant auteur cite la loi 5 au Code *de Nuptiis*, que nous connaissons.

Nous n'avons pas la prétention, on le comprend, d'imposer une conclusion décisive, bien que nous penchions plutôt vers l'affirmation, qui nous paraît peut-être plus conforme au rigorisme de l'ancien droit en matière de puissance paternelle.

3° Le *consensus* doit précéder les justes noces. « On veut, dit » M. Accarias (*loc. citat.*) que le *consensus* précède l'union des » deux conjoints, sans quoi cette union ne constituerait pas un » mariage. Elle ne revêtirait ce caractère que du jour où le » père aurait donné un consentement ultérieur ou du jour de » sa mort, et cela sans effet rétroactif : de sorte que l'enfant » issu de cette union, mais conçu avant le jour où elle est deve- » nue valable, ne naît pas *justus* et n'est pas placé sous la puis- » sance paternelle ». Et à l'appui de cette doctrine, M. Accarias cite la loi 11 *de stat. hom.*, invoquée dans la précédente controverse.

Tout d'abord, remarquons en passant, que le *consensus* ultérieurement donné au mariage n'aurait pas d'effet rétroactif. C'est là une différence profonde avec notre Droit qui admet, à de certaines conditions, cette rétroactivité du consentement paternel, qui fait remonter la légitimité du mariage au jour de sa célébration. Notre Code a-t-il réalisé un progrès ? Oui, sans doute, si on ne considère que la faveur justement due au mariage. Ce progrès est-il logique, ne va-t-il pas contre les principes, n'établit-il pas une sorte de contradiction ? Ce n'est pas ici le lieu d'examiner de près ce point important.

Rappelons que cette loi 11 vient de nous servir à prouver que le *paterfamilias*, qui sait le mariage de sa fille (*vivente et non ignorante*, en vertu de l'*a contrario*), a donné au mariage

(1) Demangeat, t. I, p. 243.

de cette fille le *consensus* tacite suffisant pour assurer sa validité. Maintenant nous prenons ce texte dans sa véritable teneur, et nous en dégageons l'espèce sur laquelle Paul a basé sa réponse, et qu'il est bon de rétablir.

Un grand'père, *paterfamilias*, avait une fille qui s'est mariée, de son vivant à lui *paterfamilias* et à son insu. Cette fille, qui n'est pas mariée en justes noces, puisque le *paterfamilias* n'a même pas consenti tacitement, a eu un fils conçu du vivant du *paterfamilias*, mais qui n'est né qu'après la mort de ce *paterfamilias*. Le texte ne le dit pas expressément, mais il est incontestable qu'on peut déjà arriver à cette conclusion préliminaire : que cette fille, du jour de la mort du *paterfamilias*, est devenue *sui juris* et qu'elle peut, avec les restrictions consacrées par les empereurs, contracter désormais, pour ce qui la regarde, des justes noces. Si l'enfant, conçu par cette fille de famille encore en puissance, et né après la mort de son aïeul, avait vu le jour, avant que le *paterfamilias*, ignorant le mariage, ne mourût, il n'y aurait pas de question ; cet enfant ne serait certainement pas *justus* pour son père, ni héritier sien pour son aïeul, car *nemini invito hæres suus adgnascitur*, or cet enfant serait né, pour ainsi dire, en dépit de son aïeul. Mais, d'après l'hypothèse, l'enfant a été conçu du vivant de son aïeul *paterfamilias*, et il est né après la mort de son grand'père : *quid juris* ? On ne peut plus appliquer la règle : *nemini invito*... N'y aurait-il pas lieu de le faire bénéficier, non pas de l'application, mais du silence en quelque sorte de l'adage si connu : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties agitur de ejus commodo* ? On dirait alors : cet enfant n'est que conçu : s'il s'agissait pour lui d'un avantage, nous le tiendrions pour né ; il s'agit au contraire de faire éclater son illégitimité ; par une fiction qui ne répugne pas plus que la fiction opposée, imaginons qu'il n'est pas né, ce qui est vrai, qu'il n'est même pas conçu, ce qui est la fiction. Son aïeul est mort, sans l'avoir eu pour agnat. L'enfant naît après le moment où, par le fait de la mort du *paterfamilias*,

sa mère est devenue *sui juris* : qu'il soit donc cet enfant, *justus* pour son père, si celui ci a d'ailleurs rempli depuis toutes les conditions nécessaires à la validité de ses *justæ nuptiæ*.

Non, répond le jurisconsulte, cet enfant ne sera pas *justus*, *licet post mortem avi natus sit*. Nous pourrions désirer que Paul donnât la raison de cette sévérité, que nous avons le droit, surtout avec nos idées actuelles, de taxer d'excessive. Cependant, cette solution est trop conforme aux principes généraux du Droit romain, pour que nous puissions nous en étonner outre mesure. C'est toujours la conséquence de la puissance paternelle, demeurée inflexible, malgré les adoucissements successifs des empereurs chrétiens ; et qui allait jusqu'à frapper d'illégitimité l'enfant qui n'était même pas né, pour venger le mépris apparent que la mère de cet enfant avait eu pour cette autorité tyrannique.

On peut modifier l'hypothèse à laquelle Paul répond ; et supposer, que cet enfant, conçu à une époque où le mariage de sa mère n'était pas légitime, parce que le *paterfamilias* l'ayant ignoré n'avait pu lui donner même ce consentement tacite qui aurait suffi, est né après que le *paterfamilias*, connaissant cette fois le mariage de sa fille, l'a validé par un *consensus* exprès ou tacite. Faut-il souteir encore avec Paul que cet enfant conçu avant le consentement, mais né après le consentement du *paterfamilias* et de son vivant, sera *injustus* ? Nous ne le croyons pas, parce qu'alors ce serait tourner directement contre l'enfant le principe : *Infans conceptus pro nato habetur*... qui n'a été créé, imaginé que pour le favoriser. Avec la solution contraire, on arriverait à formuler ainsi l'adage : *Infans conceptus pro nato habetur quoties agitur de ejus incommodo* ! ce que personne n'oserait défendre. En effet, puisque le *paterfamilias* accorde enfin son consentement au mariage de sa fille, il entend assurément accueillir, comme ses véritables enfants, les descendants qui pourront lui naître de cette union, en faire ses héritiers siens. Et l'enfant, conçu avant, mais naissant après

cette réconciliation, après ce consentement, naîtrait *injustus* ! Et cet enfant du sang, né sinon conçu de justes noces, aurait besoin, pour entrer dans sa vraie famille, du formalisme de l'adoption ! Cela ne nous paraît pas admissible ; et nous voulons croire que si Paul avait eu à s'expliquer sur ce cas, il n'aurait pas répondu de la même manière qu'il l'a fait pour l'hypothèse exacte de la loi 11.

En résumé, le *consensus* doit précéder les justes noces ; ce *consensus*, une fois donné, n'a de puissance que pour l'avenir : il n'a pas d'effet rétroactif. L'enfant conçu d'une union qui manque du *consensus* ne naît pas *justus*, encore bien que la naissance ait lieu après la mort du *paterfamilias*. *Quid*, si conçu avant le *consensus* l'enfant naît après que le *consensus* a été donné par le *paterfamilias* ? Selon nous, l'enfant devrait être *justus*. Enfin, M. Accarias a peut-être, par une faveur qui s'explique facilement, exagéré la pensée de Paul, quand il écrit : « L'union » ne revêtirait ce caractère (*de justæ nuptiæ*) que du jour où le » père aurait donné un consentement ultérieur (ce qui confirme » notre réponse à la deuxième hypothèse implicitement conte- » nue dans le texte de Paul), *ou du jour de sa mort* ... » Ces dernières paroles ne doivent pas être prises trop à la lettre, puisque Paul dit précisément que l'enfant naissant après la mort du *paterfamilias*, n'est pas *justus* : c'est une preuve qu'on ne saurait assimiler, au point de vue du résultat pour la légitimité de l'enfant, le consentement ultérieurement donné par le *paterfamilias* et la mort de ce *paterfamilias*. Il pourrait même arriver que la mort du *paterfamilias* n'eût aucune influence sur la condition juridique de la mère et de l'enfant, si l'on suppose, ce qui n'est pas, nous nous hâtons de le dire, l'espèce prévue par Paul, que le *paterfamilias* était un arrière grand-père ; auquel cas la puissance paternelle ne ferait que de descendre d'un degré (1).

(1) Voyez Demangeat, t. I, page 246, qui expose la même doctrine.

CHAPITRE IV.

CAS EXCEPTIONNELS OU IL EST PERMIS DE SUPPLÉER A L'ABSENCE DU CONSENSUS.

Sommaire. — Trois cas où il peut y avoir des *justæ nuptiæ* sans le *consensus* : 1° le *paterfamilias* est furieux ou dément ; 2° il est absent ou captif ; 3° refus non motivé du *paterfamilias*.

Bien que le fils de famille eût à sa disposition des moyens de se marier, inférieurs en dignité mais égaux en légitimité aux justes noces, et cela, sans le consentement de son père ; il pouvait contracter néanmoins, en certains cas et à certaines conditions, même le mariage du type supérieur, les *justæ nuptiæ*, tout en n'ayant pas obtenu, de fait, le consentement du *paterfamilias*. C'est là une juste et nécessaire atténuation au caractère absolu de cette puissance paternelle, qui pouvait peser sur le fils durant toute sa vie. Il y avait, en quelque sorte, surtout dans le cas de refus obstiné de la part du père, comme une corrélation voulue par la loi entre la perpétuité de l'autorité domestique et la possibilité d'en triompher, de la tourner légalement. En un mot, il ne dépendait jamais entièrement de la volonté arbitraire du *paterfamilias* qu'un enfant de famille se mariât ou ne se mariât pas. Le père était-il furieux ou dément, captif ou simplement absent : la loi romaine venait au secours du fils ou de la fille nubiles, désireux de s'unir par de justes noces. Sur ces derniers points, notre code, par des procédés plus ou moins semblables aux procédures romaines, a paré

aux mêmes difficultés. Mais, et c'est là une différence notable que nous aurons souvent à signaler, alors que le jeune Romain pubère avait, de par la loi, un moyen infaillible de contracter les justes noces même contre le refus obstiné et non justifié de son père ; de nos jours le Français, pubère de par la loi française, ayant d'ailleurs toutes les conditions requises pour le mariage, pourra se voir écarté, durant 7 ans (de 18 à 25 ans) d'une union qu'il juge lui-même, que tous jugent autour de lui avantageuse, désirable, sans que la loi française lui donne aucun moyen de triompher du refus, même le plus déraisonnable, le moins justifiable, que lui oppose son père. Sous ce rapport, et c'est l'unique réflexion que nous ajoutions pour le moment à la constatation d'un état que personne ne peut nier, nous n'hésitons pas à accorder la préférence à la solution romaine, qui nous paraît plus humaine, plus soucieuse de la liberté, et plus préoccupée de la moralité générale. Pourquoi donc notre loi française, qui semble avoir voulu faire revivre l'antique théorie des *justæ nuptiæ*, au moins sur le point de droit qui nous occupe, n'a-t-elle pas admis le juste correctif, qui complétait et rendait acceptable cette organisation du mariage romain ? Pourquoi n'avoir pris de la loi romaine que la disposition sévère, tyrannique même si on l'envisage seule, et avoir laissé de côté le remède, le palliatif, si opportunément imaginé par le législateur romain ; surtout si l'on considère que, sous l'influence d'une religion libératrice, le législateur français avait, pendant de longs siècles, reconnu la parfaite validité des mariages contractés sans le consentement du père de famille ? Dirait-on que les circonstances historiques et juridiques ne saurait être rapprochées : qu'il fallait bien qu'on pût se passer, à Rome, du *consensus* du père de famille, puisque la puissance paternelle pouvait durer pendant toute la vie du fils : qu'en France, au contraire, ce vestige de l'antique puissance paternelle, qui consiste dans le droit de consentir au mariage, disparait, dès que le fils a 25 ans, dès que la fille a 21 ans ?

Nous ne nions pas cette différence importante ; mais il reste toujours que le fils pendant 7 ans, que la fille pendant 6 ans, depuis l'époque légalement reconnue de leur puberté, peuvent être empêchés de se marier, par suite du refus de leur père, sans que la loi leur offre aucun moyen de triompher de ce refus, si déraisonnable, si préjudiciable qu'il soit. La loi française est-elle en progrès sur la loi romaine qui permettait aux enfants pubères de n'être pas à la merci de l'obstination paternelle, quand rien ne la justifiait ? Nous ne le pensons pas, et nous ne voyons même pas que la liberté quasi complète que notre Code accorde au fils après 25 ans, à la fille après 21 ans, soit une compensation suffisante pour l'espèce de tyrannie qu'il fait peser sur eux, durant 7 ou 6 ans, puisque, légalement déclarés aptes au mariage, ils peuvent se heurter, comme à un obstacle invincible, à la volonté contraire de leur père ; puisque celui-ci, au mépris de l'intérêt de ses enfants, au mépris de leur moralité, au respect de laquelle incontestablement ils ont autant de droit que le père à l'exercice de la puissance paternelle, peut se retrancher derrière un refus qu'aucun tribunal ne saurait briser. Qu'on nous épargne le reproche d'ébranler cette chose sainte par excellence, qu'on appelle l'autorité paternelle. Nous avons l'intention et la conviction de la maintenir, de l'exalter même, autant et plus que qui ce soit ; mais nous ne cesserons de répéter, qu'à côté du droit du père, nous ne disons pas au-dessus de ce droit, nous dirions plutôt parallèlement à ce droit paternel, il y a le droit du fils, qui lui aussi est un homme fait pour une liberté sage et morale. Nous voulons que ce fils consulte ses parents, c'est leur droit et c'est son devoir. Nous voulons même que ce fils, s'il passe outre à l'avis paternel jugé sage, soit atteint par des peines, des déchéances civiles. Ce que nous ne voulons pas, parce que cela nous paraît dépasser les bornes légitimes de l'intervention paternelle, ce que d'ailleurs la loi romaine qu'on prétend imiter ne voulait pas, c'est que la validité d'un mariage dé-

pendit entièrement d'un consentement qui peut être refusé sans motif, et sans que la loi vienne au secours d'un enfant de famille profondément blessé, à notre avis, dans sa liberté, dans ses prérogatives les plus délicates et les plus élevées.

Revenons au commentaire de la loi romaine, dont notre digression ne nous avait pas trop éloigné, car elle avait pour but d'en démontrer la sagesse et même la supériorité relative sur notre propre législation. Les textes prévoient trois cas, où il est permis de ne pas exiger pour la validité des justes noces le consentement du père de famille, et que nous allons étudier séparément.

1° *Le père de famille est furieux ou dément.*

Il faut soigneusement distinguer deux hypothèses, que la similitude des mots employés pourrait faire confondre ; le cas où le père de famille est furieux, et le cas où il est dément.

Cette différence ne s'applique qu'au fils de famille. La fille de famille, en effet, a eu de très bonne heure le droit de se marier aussi librement que si elle était *sui juris*, soit que son père fût momentanément furieux ou habituellement dément, Cette plus grande latitude s'explique par la raison, que la fille de famille ne risquait pas de donner des héritiers siens à son père.

Pour le fils de famille, la question demande des distinctions et plus de détails. Tout d'abord, la folie du père, furieuse ou non, n'était pas un mode de dissolution de la puissance paternelle. La loi 8 au *Digeste*, *De his qui sui vel alieni juris sunt* nous le dit expressément : *Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt*. Et plus loin : *Non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt*. Il faudrait même, — la rigueur des principes nous semble l'exiger, — ne pas soustraire à la puissance les enfants conçus et nés *in furore*. Mais le consentement du

père sera-t-il alors indispensable ? La triste infirmité dont celui-ci était affligé allait-elle condamner le fils de famille à un célibat perpétuel et forcé ? Théophile, dans sa paraphrase (I, 12), nous dit qu'à son époque la question était encore douteuse ; et « qu'il y avait sur ce point de vives controverses » entre les jurisconsultes, mais que l'empereur Justinien avait » publié une constitution qui avait mis fin à leurs doutes ». La controverse venait d'une expression employée par l'empereur Marc-Aurèle dans une constitution sur la matière. Jusqu'à cet empereur, le fils du furieux avait besoin, pour contracter des justes noces, de l'autorisation impériale, si le *paterfamilias* était incapable de manifester son consentement. On comprend la difficulté que présentait cette procédure ; mais on voulait surtout sauvegarder la puissance paternelle, et l'empereur n'accordait probablement cette autorisation que s'il était bien prouvé que le *paterfamilias* furieux était dans l'impossibilité de consentir. La fureur, et c'est ce qui la distingue de la démence, est un état mental qui laisse des intermittences de bon sens et de raison. Celui qui est furieux n'est pas toujours sous l'influence lamentable d'un accès. A-t-on bien le droit de le dépouiller d'une des prérogatives les plus précieuses de la puissance paternelle, en profitant d'un moment de fureur pour esquiver la nécessité de son *consensus* ? A ces motifs déjà sérieux, s'ajoutait une ambiguité de texte qui partageait les jurisconsultes. Marc-Aurèle étendant encore la liberté dont jouissait déjà le fils de famille qui pouvait, au cas de folie de son père, recourir à l'autorisation impériale pour suppléer à l'absence du *consensus* du père de famille, décida que désormais les enfants du *mente captus* se marieraient comme ils l'entendraient, c'est-à-dire au même titre que les *sui juris*. Quelle était la portée de cette constitution ? Le terme *mente captus* désigne quelquefois toute espèce de fous ; dans une acception plus étroite et plus exacte, il ne s'applique pas aux *furiosi*, c'est-à-dire à ceux dont la démence est semée d'intervalles lucides.

Donc fallait-il restreindre la décision de Marc-Aurèle aux enfants du *mente captus* proprement dit, ou au contraire l'étendre à ceux du *furiosus* ? Les jurisconsultes dont l'autorité faisait loi se décidèrent pour l'application la plus large, et ils firent d'abord passer dans la pratique l'opinion qui voulait que la fille du *furiosus* profitât de la faveur impériale. Le doute ne subsistait plus, lorsque parut la constitution de Justinien, que pour les enfants mâles (1) du *furiosus* ; elle fit dès lors cesser toutes les controverses.

Voici les textes législatifs qui traitent de la question (2) :

« Les enfants du dément ou du furieux, quel que soit leur » sexe, peuvent contracter les justes noces. Une dot, une dona- » tion *ante nuptias* devront leur être fournies par leur cura- » teur. Toutefois, on tiendra compte, dans cette ville royale, de » l'opinion de l'excellentissime préfet de la ville, dans les pro- » vinces, des hommes les plus illustres qui les commandent et » des évêques de la localité. On devra aussi prendre l'avis de » la personne, et ne déterminer qu'avec modération la valeur » de la dot et de la donation *ante nuptias* ; et cela, en présence » des curateurs du dément, du furieux, et des membres les plus » nobles de leurs familles. Il faudra cependant que, dans » toute cette affaire, aussi bien en cette ville royale qu'au sein » des provinces, on prenne garde de ne pas compromettre la » fortune du furieux, du dément ou du fou ; mais que toute la » procédure soit gratuite, afin de ne pas aggraver par des dé- » penses excessives l'infortune de ces malheureux. » Loi 28 au Code *de Episcopali audientia*.

Il n'est pas sans intérêt de rapprocher du texte de Justinien les articles de notre Code qui se sont inspirés des mêmes sentiments d'humanité et de sage économie :

Article 510 : « Les revenus d'un interdit doivent être essen-

(1) Théophile nous dit en effet expressément : « Τὸ *γὰρ τῆς θυγατέρος ἀναμφίβολον* ». V. également, *Institutes* ; princip., *de Nuptiis*.

(2) L. 28 Code. I. 4.

» tiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa gué-
» rison...

Article 511 : « Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant » d'un interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie, et les autres » conventions matrimoniales seront réglés par un avis du con- » seil de famille (*nec non his, qui ex genere eorum nobiliores sunt*), » homologuée par le tribunal, sur les conclusions du procu- » reur de la république ».

Il faut rapprocher de la loi 28 la loi 25 au Code *de Nuptiis*, qui résume toute la controverse, exposée précédemment, et qui se traduit ainsi :

« Les enfants d'un père furieux, qui les tient sous sa puis- » sance, peuvent-ils contracter les justes noces ? C'était une » question agitée chez nos ancêtres. D'ailleurs presque tous » ceux qui ont créé notre ancien droit admirent que la fille du » furieux peut se marier ; ils pensèrent qu'il suffisait que le père » n'y contredît pas. Mais, pour ce qui regarde le fils de famille, » il y avait doute ; et Ulpien rapporte une constitution de l'em- » pereur Marc-Aurèle, qui, sans parler du furieux, parle en gé- » néral des enfants du dément, fils ou filles qui peuvent con- » tracter les justes noces, même sans qu'ils aient eu besoin de » requérir l'avis du prince. De là s'est élevée une controverse, » pour savoir si, ce que la constitution impériale a décidé du » dément, doit s'appliquer au furieux, de telle sorte que l'exem- » ple du fils du dément devrait s'étendre par faveur au fils du » furieux. En présence de ces hésitations, et pour trancher ces » difficultés, nous décrétons, avec l'intention de suppléer à ce » qui manque à la constitution du divin Marc, que non seule- » ment les enfants du dément mais encore ceux du furieux, » quel que soit leur sexe.... »

Nous interrompons la citation de la loi 25 *de Nuptiis*, parce que la suite n'est que la reproduction de la loi 28 *de Episcopali audientia*.

En résumé, pour favoriser le mariage des enfants de famille,

le législateur romain, faisant fléchir la rigueur de ses principes, en était arrivé, comme devait le faire plus tard notre Code, à créer une sorte de présomption légale d'incapacité générale. Le père de famille atteint de folie, qu'elle fût continuelle ou intermittente, était censé être dans l'impuissance absolue et perpétuelle de donner un consentement intelligent au mariage de ses enfants. Mais nous avons vu avec quelle lenteur, avec quelle difficulté même, on avait consacré cette atteinte grave portée au prestige et à l'exercice de la puissance paternelle.

2°. — *Le* paterfamilias *est absent ou captif.*

Nous réunissons, à l'exemple de presque tous les auteurs, ces deux hypothèses parce que les mêmes principes servent à les résoudre. Que l'absence du père de famille soit le résultat d'un éloignement volontaire qui va jusqu'à faire douter s'il vit encore ou s'il est mort, ou bien que cette absence soit la conséquence d'une captivité chez l'ennemi, le fils n'en est pas moins dans l'impossibilité d'obtenir un consentement jugé nécessaire à ses justes noces ; et par conséquent la loi a dû pourvoir, par des moyens identiques, à des situations semblables.

Prenons d'abord le cas de captivité. Lorsqu'un citoyen romain a été fait prisonnier par l'ennemi, tant qu'il reste vivant *apud hostes*, on ne peut pas savoir d'une manière certaine si les enfants qu'il avait sous sa puissance sont devenus *sui juris* : car, s'il revient à Rome, il sera considéré *jure postliminii* comme n'ayant pas perdu un seul instant la puissance paternelle. D'un autre côté, étant retenu captif chez l'ennemi, il ne peut pas, dans cette situation, donner un consentement valable. Rigoureusement, et suivant la logique du droit, on arrive donc à dire qu'il est impossible que les enfants du captif contractent un mariage certainement légitime. Mais les jurisconsultes avaient apporté ici un tempérament à l'inflexibilité des principes.

« Durant le temps de la captivité, dit Tryphoninus (1), le
» fils de famille que le père captif avait en puissance peut
» prendre une épouse, bien que son père ne puisse consentir à
» ses justes noces ; car il ne peut pas plus y faire opposition. En
» conséquence, l'enfant qui naîtra à ce fils sera sous la puis-
» sance du captif de retour, et cela dès qu'il sera revenu, et cet
» enfant lui sera un héritier sien comme malgré lui, et bien
» qu'il n'ait pas consenti aux noces. Il ne faut pas s'étonner de
» cette solution ; elle résulte tout à la fois et de la condition
» du père captif, de la nécessité, et de l'utilité publique qui
» exige qu'on favorise les justes noces. »

On ne peut qu'applaudir à cette sage innovation des jurisconsultes. Comme on le voit, elle ne renferme aucune condition de délai, ni de ratification ultérieure de la part du *paterfamilias* rendu à la liberté. Dès qu'il est bien constaté que le *paterfamilias* est captif, le fils devient, quant au mariage, *sui juris*. Les justes noces qu'il contractera le seront purement et simplement, et non pas sous une sorte de condition suspensive, *si pater non redierit, si pater apud hostes interierit*, modalité qui aurait répugné au rigorisme du Droit romain. On ne doit donc pas prendre à la lettre les textes qui disent que les enfants ne pourraient valablement se marier qu'autant qu'il se serait écoulé au moins trois ans depuis la captivité ou la disparition :

« Celui dont le père a été pris par les ennemis, s'il ne revient
» pas dans l'espace de 3 ans, peut se marier ». — « Si le fils
» de celui qui est captif chez l'ennemi ou qui est absent, s'est
» marié avant qu'il se soit écoulé 3 ans depuis la captivité ou
» l'absence de son père, je suis d'avis que le mariage et les
» justes noces sont inattaquables ; surtout si le fils a pris une
» épouse, si la fille a pris un époux, dont il est certain que le
» père accepterait la condition » (2).

(1) Loi 12, § 3, au *Digeste*, *De captivis et postliminio*, XLIX, 15.
(2) Lois 9 § 1, et 11 D. *de Ritu nuptiarum*, XXIII, 2.

Sur ces textes, M. Demangeat fait la remarque suivante : « Il n'est pas admissible qu'un délai fixe ait été ainsi établi » par les jurisconsultes : il appartient seulement au législateur » de régler un point de ce genre, parce que le règlement dont » il s'agit a toujours quelque chose d'un peu arbitraire. Je » crois donc que les jurisconsultes se bornaient à dire : « *Le* » *fils d'un captif peut contracter mariage et le mariage ainsi* » *contracté demeure valable lors même que le captif reviendrait* » *à Rome.* » Ce sont les compilateurs de Justinien qui auront ajouté cette condition : « *pourvu qu'au moment où le fils s'est* » *marié, il se fût écoulé au moins trois ans depuis la captivité* » *du père* (1). »

C'est aussi l'opinion de M. Accarias qui s'exprime ainsi : « Telle est la décision de la loi 9, § 1, *de Ritu nuptiarum* (relative » au délai de 3 ans), placée, il est vrai, sous le nom d'Ulpien, » mais où l'exigence du délai de 3 ans ne saurait être considé- » rée que comme une interpolation de Justinien. Dans le » silence de la loi, les jurisconsultes ne pouvaient pas créer un » délai ; ils devaient prendre parti purement et simplement » dans un sens ou dans l'autre (2) ».

Serait-il téméraire de voir dans l'exigence d'un certain délai, avant qu'une liberté complète soit reconnue en faveur du fils du captif ou de l'absent, la préoccupation d'arriver à distinguer déjà, comme le fait si justement notre Code, entre la période de présomption d'absence, qui est plutôt le temps de la non-présence, et la période de déclaration d'absence, où presque toutes les probabilités sont pour la mort de celui qui est absent, au sens juridique du mot ?

Nous venons de voir l'hypothèse de la captivité du *paterfamilias* : le cas où le père est absent se résout par les mêmes principes.

« Au cas où l'absence du père est de telle nature qu'on ignore

(1) Demangeat, t. I, p. 245.
(2) Accarias, t. I, p. 189, note 1re.

» où il est et s'il existe encore, on peut douter sur ce qu'on doit
» faire. Si trois ans se sont écoulés, après qu'il est absolument
» évident qu'on ignore où se trouve le père, et même s'il survit,
» rien n'empêche les enfants de l'un et l'autre sexe de contrac-
» ter le mariage ou les justes noces (1) ».

Ici pourraient être réitérées les observations précédentes. Nous pensons que les jurisconsultes ne demandaient aucun délai, et que nous sommes encore en présence d'une interpolation. M. Accarias veut que cette interpolation s'accuse clairement par deux solécismes et un hellénisme qui n'auraient pas échappé à Paul, auteur de ce texte, et l'un des jurisconsultes qui parlent la langue la plus pure.

Toutefois, qu'il y ait eu ou non altération du texte primitif des jurisconsultes, on ne peut méconnaître qu'à partir de Justinien, qui consacra législativement l'existence de ce délai, l'enfant du captif ou de l'absent ne contractait de justes noces qu'après l'expiration des trois années. Étant donné le soin jaloux avec lequel Rome maintenait les droits de la puissance paternelle, il est facile de comprendre pourquoi on ne voulait pas que, du jour au lendemain, en quelque sorte, le fils fût affranchi de la nécessité du *consensus*, parce que le *paterfamilias* était devenu la victime d'une captivité qui pouvait cesser aussitôt, ou s'était absenté avec l'idée bien arrêtée de revenir promptement, bien qu'il n'eût prévenu personne de son intention. Justinien a pu ne pas traduire exactement la pensée des jurisconsultes ; il n'en a pas moins fait une œuvre sage, si on se place au point de vue des prérogatives de la *patria potestas*.

3° *Refus non motivé du père de famille.*

C'est ici qu'apparaît le caractère vraiment humain et sage de la législation romaine que nous avons déjà opposée, sur ce

(1) L. 10, *de Ritu nuptiarum*.

point, à la sévérité de notre loi matrimoniale actuelle. Cependant, il est nécessaire de reconnaître que Rome n'admit pas, dès l'origine, cette atténuation, exigée par le souci de la liberté, à la puissance paternelle ; mais, contrairement à notre loi française qui commença par la liberté pour finir par la contrainte, la loi romaine débuta par la contrainte pour en arriver à la liberté.

La puissance paternelle était trop absolue, trop rigidement organisée dans le vieux Droit romain, pour que la loi eût songé à poser des limites à un de ses attributs les plus essentiels et les plus précieux, celui de consentir au mariage des enfants de famille. Jusqu'au règne d'Auguste, la loi n'intervint pas pour réprimer un refus, même arbitraire ou injuste : « Il dépendait » donc du père d'imposer le célibat à son enfant. » Cette remarque de M. Accarias, prise à la lettre, ne serait pas exacte. Il faut, selon nous, la traduire ainsi : « Il dépendait du père » d'empêcher ses enfants de contracter les justes noces ; mais » il n'était pas en son pouvoir, si nous nous référons aux dif- » férentes sortes de mariages légitimes que nous avons énu- » mérés, d'interdire à ses enfants une union, d'un type inférieur, » nous le voulons bien, mais encore légale, légitime, et pour » laquelle le fils n'avait nullement besoin du *consensus* du père » de famille. » Toutefois, nous nous hâtons d'avouer que, malgré cette liberté relative, il était intolérable que le fils de famille fût arrêté, dans son désir de contracter de justes noces, dans son droit à profiter des avantages civils et juridiques qu'attribuait le véritable mariage romain, par le refus obstiné et déraisonnable de son père.

Aussi, plus tard, lorsque s'adoucit la rigueur des principes, lorsque les idées philosophiques, l'influence prétorienne pénétrant dans la législation, eurent peu à peu transformé la *patria potestas*, le père de famille dut motiver l'empêchement qu'il mettait au mariage de son fils. Si le motif de l'opposition n'était pas sérieux, le consentement du père pouvait être suppléé par

l'autorisation du magistrat : ou, pour être plus exact, le préteur avait le droit de forcer le père de famille à consentir. Cette modification profonde de la législation romaine était devenue indispensable le jour où des lois spéciales, les lois caducaires, attachèrent certaines déchéances au célibat et certains avantages à la paternité légitime résultant des justes noces. Il ne fallait pas que l'obstination mal fondée du père infligeât ces déchéances à l'enfant ou le privât de ces avantages.

C'est ce qu'exprime Pothier, quand il dit, dans son énergique concision : « *Observandum superest, consensum patris requiri,* » *ut sit in ejus arbitrio cui liberi ipsius nubant, non vero ut sit in* » *ejus arbitrio ne omnino nubant.* — Il nous reste à remarquer, » que le consentement du père de famille est requis pour bien » montrer qu'il dépend de lui de ratifier le choix de la personne » qu'épousera son enfant, nullement d'empêcher que son en- » fant se marie jamais. »

Et il cite le chapitre 35 de la loi Julia, qui consacre l'importante innovation dont nous parlons :

« Ceux qui, sans motif, sans droit, *injuria*, auront empêché » les enfants qu'ils ont en puissance de prendre femme ou de » se marier, ou ceux qui ne veulent pas les doter, d'après les » constitutions des divins empereurs Sévère et Antonin, sont » contraints, par les proconsuls ou les présidents des provinces, » de les marier et de les doter. De plus, est assimilé à un refus » de consentement, le fait de ne pas chercher pour son enfant » un établissement convenable. » (Loi 19, *de Ritu nuptiarum.*)

Ce texte est instructif et demande à être examiné avec soin, tant à cause des solutions qu'il renferme, qu'en raison de son opposition absolue avec les principes qui ont prévalu dans nos lois.

Tout d'abord, remarquons l'expression qui sert à désigner le refus du *paterfamilias* : *qui... injuriâ prohibuerint*, refuser sans droit, contre tout droit. Nous sommes loin de l'antique théorie du vieux droit quiritaire, suivant l'esprit de laquelle le *pater-*

familias absorbait, en quelque sorte, dans sa personne, tous les droits, toute la capacité juridique des membres de la famille. Le sort du fils de famille n'est plus abandonné à la discrétion d'un père tyrannique. Ce fils qui, naguère, pouvait être, par une sentence domestique, tué, vendu, délaissé comme compensation matérielle d'un délit, il a de par la loi la faculté d'opposer son droit à celui de son père. Est-ce seulement pour le motif qu'il échappera, en se mariant, aux pénalités de la loi Julia? La chose peut se soutenir : mais rien ne nous défend de penser, à l'honneur du Droit romain, que cet affranchissement venait du progrès des idées, et de la conviction où l'on commençait à être alors, qu'un fils, citoyen, homme surtout, à l'égal de son père, ne devait plus être enchaîné sous une tutelle despotique, qui l'aurait contrarié dans l'exercice de ses facultés les plus nobles et les plus dignes du respect de tous. Et ce n'est pas, selon nous, un spectacle qu'on puisse ne pas admirer, que cette protection légale, sanctionnée par les plus hautes autorités de l'Empire, soit accordée publiquement contre un père à un fils lésé par ce dernier dans son intérêt privé.

Refuser sans droit peut faire croire qu'il y a au moins discussion entre le père et le fils, que des motifs sont apportés de part et d'autre, et que le proconsul ou le président de province décide souverainement. C'est déjà très suffisant pour assurer la liberté du fils; mais ce n'est pas assez, ou plutôt, la loi elle-même est allée beaucoup plus loin. Non seulement le père de famille n'a pas le droit de dénier son consentement, s'il n'a pas des motifs sérieux, de la gravité desquels il n'est même pas seul juge; il est de plus dans l'obligation de doter ses enfants, et il ne peut pas, par ce moyen détourné et peu sincère du refus de la dot, empêcher de fait sa fille de contracter un mariage avantageux. N'est-ce pas là, avec l'institution des pécules, comme une atteinte réelle portée législativement au droit de propriété exclusive du père sur tous les biens de la famille ? Nous voyons, par

ce texte, que, conformément à la constitution des empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla, le père pouvait être contraint à doter ses enfants suivant sa fortune. « Nous connaissons » parfaitement les lois qui ont établi, que c'est un devoir ab- » solu pour le père, de faire à ses enfants une dot ou une dona- » tion *ante nuptias* » (1). Et cette obligation n'était pas un simple vœu, une sorte d'encouragement platonique au *paterfamilias* d'avoir à favoriser l'établissement matrimonial de ses enfants par des avances généreuses ; à côté de l'obligation, il y avait l'action, à côté du droit préexistant dans la personne de l'enfant, il y avait, suivant le langage des auteurs, le droit sanctionnateur ; il y avait enfin, et c'est là le sens original et vraiment romain du mot *action*, le moyen indiqué, la forme prescrite pour exercer le recours prévu par la loi. C'est ce qu'enseigne formellement, entre beaucoup d'autres textes, la loi 3 au même titre, quand elle parle des actions qui compètent à l'époux pour se faire payer la dot promise : « A l'aide des ac- » tions compétentes, tu parviendras, par la voie du jugement, » à toucher l'émolument qui t'a été promis... ».

On dira peut-être que l'hypothèse alléguée est celle d'une promesse directe, positivement faite par le père, tandis que nous ne raisonnons que sur le cas où le père refuse précisément de prendre aucun engagement à ce sujet. Nous ne nions pas qu'il n'y ait quelque différence ; ce n'en était pas moins un principe universellement reconnu que la dot pouvait être exigée : or, juridiquement, cette exigence ne pouvait se produire efficacement qu'au moyen d'une action.

« La dot se trouva tellement favorisée par la législation, » surtout depuis les lois qu'Auguste avait faites pour multi- » plier les mariages, qu'on en fit presque une chose d'intérêt » public, ainsi que le manifeste cette maxime : *Reipublicæ* » *interest, mulieres dotes salvus habere, propter quas nubere pos-*

(1) Loi 9 au Code *de dotis promissione*.

» *sunt* (1). Les filles avaient même une action pour forcer leur
» père ou leur aïeul paternel à les doter (2) ».

« Dans les pays de droit écrit, où la puissance paternelle » était organisée dans l'intérêt du père, *à l'imitation du Droit* » *romain*, les filles avaient, comme compensation, une action » *dotale* contre lui ; elles pouvaient donc judiciairement le » contraindre de leur fournir, selon sa fortune, la dot dont » elles avaient besoin pour se marier (3) ».

Nous sommes donc bien en présence d'un véritable droit de l'enfant, appuyé sur une action pour contraindre le père qui se verra ainsi obligé par la puissance publique, tout à la fois à consentir et à doter (4).

Enfin notre loi 19 poussant la protection de l'enfant et la faveur pour la liberté de son mariage jusqu'aux extrêmes limites, punit même, ce que nous pourrions appeler la faute négative, le refus négatif du *paterfamilias*. Le père refuse-t-il positivement, et sans motif raisonnable, la loi le force à consentir, ou supplée, par l'assentiment de ses premiers magistrats, à cette obstination coupable. Au lieu de s'opposer franchement à une union qu'il devrait approuver, le père a-t-il recours à ce procédé peu loyal du refus de la dot, la loi le met dans la nécessité de fournir la somme nécessaire à un établissement honorable. Il y a plus : le père, manquant, surtout

(1) D. liv. 23, t. 3, loi 2.

(2) Ortolan, t. I, p. 483, qui renvoie à notre texte fondamental de Marcien, loi 19.

(3) Mourlon, t. I, p. 378.

(4) Dans les pays de droit coutumier, où la puissance paternelle était plus favorable aux enfants, l'action *dotale* était inconnue : on y suivait la maxime contraire : *Ne dote qui ne veut*. Ajoutons que les rédacteurs du Code restreignirent les droits exorbitants que le droit écrit accordait au père sur la personne et les biens de ses enfants ; mais, afin de ne point trop affaiblir la puissance paternelle, ils pensèrent qu'ils devaient par corrélation, restreindre également les droits des enfants. De là, l'abrogation de l'ancienne action dotale, dit l'article 204 de notre Code civil : « L'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ».

quand il s'agit de sa fille, à son devoir le plus élémentaire, omet-il de lui chercher un parti, cette simple négligence, cette inaction équivaut, aux yeux du législateur, à une opposition, à un empêchement : *prohibere autem videtur, si conditionem non quærit*. Nous avouons sincèrement que nous avions quelque doute sur le sens de ce : *conditionem non quærit* ; nous craignions que cette proposition n'eût pas le sens absolu que nous venons de lui donner, et qu'il fallût l'entendre seulement du refus du père de tenir compte de l'égalité des conditions, de ce que nous désignerions de nos jours, par ces expressions, *les convenances sociales*. La traduction de ce passage par un maître, M. Accarias, a dissipé toutes nos appréhensions. Voici, en effet, en quels termes il s'explique : « Elle (la loi) considère même comme » équivalent à un refus du consentement, soit le refus de cons- » tituer une dot, soit la simple négligence à chercher un parti » pour l'enfant. » Ainsi, par le fait d'une sorte d'initiative qui nous étonnerait bien si la pratique législative la consacrait à nouveau, la société ne voulait pas que l'enfant, que la fille de famille (car il est remarquable que c'est principalement la fille qui est en question, à cause de l'hypothèse de la dot), fussent victimes de la négligence paternelle. Rome mariait, pour ainsi dire d'autorité, les enfants, à l'établissement desquels le père de famille ne pourvoyait pas assez promptement ; et comme la puberté légale était fixée à 14 et à 12 ans, rien ne nous empêche de conjecturer que c'était à partir de cette double époque, suivant le sexe, qu'incombait au père le soin de *quærere conditionem*, et qu'était attribuée à l'État cette espèce de droit supérieur, en vertu duquel il provoquait les *justes noces* qu'un père insouciant ne se hâtait ni de rechercher ni de conclure.

Nous le répétons : lors même que cette atteinte profonde portée à la puissance paternelle, dans l'exercice d'une de ses prérogatives les plus essentielles, n'aurait été inspirée que par le désir de faire échapper les enfants aux déchéances qu'entraînait le célibat, il n'en resterait pas moins que, de fait, le mariage

romain par excellence, les justes noces, dont les conséquences étaient si importantes pour le père de famille, pouvaient être contractées sans le consentement du *paterfamilias*, même contre sa volonté très arrêtée ; et cela, en des cas certains, très nettement prévus par la loi, et dont rien ne nous permet de limiter la fréquence plus ou moins grande. C'est ce caractère original de la puissance paternelle romaine qu'il n'était pas sans intérêt de faire ressortir, en présence de l'inflexibilité de la loi française sur le même point.

CHAPITRE V

CONSÉQUENCES DU NON-CONSENTEMENT DU PATERFAMILIAS.

SOMMAIRE. — Le Droit romain paraît n'avoir connu que la nullité de droit. — Cas dans lesquels l'absence d'une condition requise entraîne seulement certaines pénalités. — *Quid* du défaut de *consensus* ? — Pothier et l'explication d'un texte de Paul sur la prétendue validité du mariage contracté sans le *consensus* du *paterfamilias*.

La théorie des nullités n'a jamais été bien nette chez les jurisconsultes romains. Les savantes et ingénieuses distinctions que la doctrine contemporaine a introduites, entre les nullités de droit et les annulabilités, et même entre les empêchements dirimants et les empêchements prohibitifs, étaient à peine soupçonnées. Ce n'est pas que le Droit romain manquât de la souplesse et de la pénétration nécessaires pour arriver à ces classifications juridiques ; mais la rigueur de ses principes lui faisait négliger le soin de trouver des différences, dans des situations qui lui paraissaient identiques. L'action en annulation n'était pas non plus organisée ; par conséquent pas plus les constitutions impériales que les lois n'avaient indiqué les cas où elle pourrait être invoquée, les personnes à qui il serait permis de s'en prévaloir, les fins de non-recevoir qui lui seraient opposables. En effet, en Droit romain, une règle unique, presque sans exception, régissait cette matière : toutes les violations de la loi étaient en principe soumises à la même sanction et punies de la même peine : la nullité, et une nullité absolue. Un grand nombre de textes formulent expressément cette doc-

trine : citons seulement les plus saillants, les plus significatifs, et qui se rapportent le mieux à notre sujet.

En première ligne, il faut placer le § 12 des *Institutes* de Justinien (1). Il est aussi formel que possible : — « S'il en est qui » se marient, contre les prescriptions dont nous venons de par- » ler (le *consensus* du *paterfamilias* en fait évidemment partie), » on doit comprendre qu'il n'y a ni époux, ni épouse, ni justes » noces, ni mariage, ni dot. C'est pourquoi les enfants qui nais- » sent de cette union ne tombent pas sous la puissance pater- » nelle, mais ils sont traités comme les enfants qu'une mère » conçoit dans le désordre. »

« Il n'y a pas de justes noces sans la volonté des parents ». Loi 18, *de ritu nuptiarum* (2).

« On appelle conçus d'une filiation incertaine, ceux qui ne » peuvent pas montrer sûrement leur père, ou qui, le pouvant » indiquer à la vérité, en ont un que légalement il ne leur est » pas permis d'avoir. » Loi 23, *de statu hominum* (3).

Nous pourrions ajouter tous les textes déjà allégués pour prouver la nécessité du *consensus*, et qui, soit directement, soit par *a contrario*, établissent la nullité du mariage contracté sans le consentement du père de famille.

Ainsi, c'est un point, selon nous, hors de doute : la violation des prescriptions légales rendait, en principe, le mariage nul d'une façon absolue. Mais cette règle ne souffrait-elle jamais aucune exception ? la nullité était-elle la seule sanction dont pussent être atteints les violateurs de la loi ? Enfin, ne tenait-on pas compte de la bonne foi des contractants, sinon pour supprimer, du moins pour atténuer les différentes pénalités ? Telles sont les diverses questions que nous aurions successivement à examiner, si nous voulions traiter, avec tous les développements qu'il comporte, le point de droit qui nous occupe.

(1) L. I, t. X.
(2) *Dig*. XXIII ; 2.
(3) *Dig*. I. 5

Nous nous contenterons d'indiquer sommairement les conclusions auxquelles nous amènerait un examen approfondi, renvoyant aux auteurs, pour y trouver la discussion étendue des textes et des difficultés relatives à cette matière.

Tout d'abord, on peut citer quatre cas où le mariage était maintenu et où la sanction de l'absence d'une des conditions requises se bornait à certaines pénalités pécuniaires ou infamantes. Quelques auteurs ajoutent même une cinquième hypothèse — le défaut de consentement du père de famille — mais c'est là une question vivement controversée dont la solution est, nous le verrons, assez délicate : et pour notre compte, disons-le immédiatement, nous n'admettons pas le caractère simplement prohibitif de ce cinquième empêchement (1).

1° Les nombreuses prohibitions édictées par la loi Julia, soit contre tous les citoyens en général, soit surtout contre les sénateurs et certaines personnes d'un haut rang, étaient-elles sanctionnées comme les autres empêchements, par la nullité du mariage ? En aucune façon, selon nous, du moins jusqu'au rescrit de Marc-Aurèle et de Commode. Les époux ne jouissaient pas des avantages des *patres* ; même s'ils avaient des enfants, ils étaient atteints par les incapacités qui frappaient les *orbi* et les *cœlibes* ; les legs qui leur étaient faits devenaient caducs. Mais, à partir du sénatus-consulte de Marc-Aurèle, les mariages contractés par les fils de sénateurs avec une affranchie ne furent pas seulement frappés des peines pécuniaires dont nous venons de parler ; ils devenaient nuls de droit comme toutes les unions faites au mépris des dispositions légales (2).

(1) L'expression, empêchement *prohibitif*, n'a été, croyons-nous, employée nulle part par les jurisconsultes romains ; elle est spéciale au droit canonique. Nous croyons cependant pouvoir nous en servir, parce qu'elle caractérise d'une façon fort claire la nature de cet empêchement.

(2) La solution que nous donnons n'est pas acceptée par tous les auteurs. Elle est soutenue par M. Demangeat, qui s'exprime en ces termes : « Il » faut bien remarquer que les lois Julia et Papia ne prononcent pas la » nullité du mariage, qui serait contracté au mépris de leurs prohibitions :

2° La veuve ne pouvait contracter un second mariage avant l'expiration du dixième mois, depuis la mort de son premier mari. Justinien porta même ce délai à une année. Mais la sanction de cet empêchement n'était pas la nullité du mariage. Aucun texte ne la prononce : bien plus, une constitution insérée au Code suppose aussi clairement que possible, quoique d'une façon indirecte, la validité du second mariage : — « Si une » femme veuve, au mépris du respect qu'elle doit au deuil de » son premier mari, contracte une nouvelle alliance avec hâte » scandaleuse ; tout d'abord, en vertu d'un droit très connu, » elle encourt l'infamie ; de plus, elle sera incapable de donner » à son mari en dot plus du tiers de ses biens, et elle ne sau- » rait lui laisser, par testament, au-delà de la troisième partie » de sa fortune .... (1) ».

Or, on le sait d'après la loi 3 *de jure dotium*, là où il y a dot, là il y a mariage : *Ubicumque matrimonii nomen non est, nec dos est* : par conséquent reconnaître l'existence d'une dot tout en limitant la faculté de disposer, c'est proclamer la validité de la seconde union.

3° On controverse beaucoup, en Droit romain, la question de savoir si, avant Justinien, la vieillesse formait à Rome un empêchement au mariage. En supposant qu'on adopte l'affirma-

» un pareil mariage, valable en principe, est seulement destitué de cer- » tains effets spéciaux. Par exemple, les époux ne peuvent recevoir aucune » libéralité l'un de l'autre... Du reste, ces mariages qui originairement » étaient valables furent ensuite frappés de nullité : *Oratione divi Marci,* » dit Paul, *cavetur ut, si Senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiæ* » *essent* ; *quam et Senatus-consultum secutum est* ». T. I, p. 266. M. Accarias est d'un avis contraire, et il le défend avec beaucoup d'habileté et d'érudition dans une note où il essaye d'écarter un texte d'Ulpien, sur lequel s'appuie M. Demangeat pour motiver son opinion (*Fragments du Vatican*, T. XVI, § 2). L'a-t-il fait victorieusement ? De plus compétents pourraient en décider. Pour nous, sans insister davantage sur un point qui ne se rattache pas directement à notre thèse, nous pencherions plutôt vers la doctrine de M. Demangeat, qui nous paraît ressortir des textes plus naturellement : Voir Accarias, t. I, p. 199, note 3.

(1) Loi I, au Code *de Secundis Nuptiis*, V, 9.

tive, c'est-à-dire qu'on admette qu'à partir du règne d'Auguste, probablement en vertu des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, le mariage avait été interdit aux femmes de 50 et aux hommes de 60 ans, on se demande quelle était la nature de cet empêchement. Il en est ici, selon nous, comme des prohibitions prononcées par la loi Julia. De plus, nous ne possédons aucun texte prononçant la nullité ; motif qui, à lui seul, suffirait pour décider la question. Enfin, plusieurs décisions supposaient formellement la validité du mariage. Voici ce que dit Ulpien : — « Que si une femme âgée de plus de 50 ans épouse un homme » âgé de moins de 60, le mariage est appelé inégal, et, en vertu » du sénatus-consulte calvitien, les époux seront inhabiles à » recevoir des hérédités, des legs et des dots ; aussi la femme » morte, la dot sera caduque (1) ». Une dot existait donc, puisque le sénatus-consulte calvitien en prononçait la confiscation : or, là où il y a dot, là il y a mariage : et par conséquent, il n'a pu être question de nullité pour ces sortes d'unions.

4° Justinien, pour la première fois, donna la sanction civile à certaines prescriptions du droit canon. Il fit d'abord (en l'an 530) de l'engagement dans les ordres sacrés un empêchement dirimant au mariage. La loi 45 au Code *De Episcopis et clericis* dit, en parlant des enfants nés de ces unions : « Nous voulons » que les enfants qui naîtront de ces unions, ressemblent juri- » diquement à ceux que les lois déclarent être nés d'unions » incestueuses ou criminelles ». Justinien ne tarde pas à revenir sur cette décision. Plusieurs novelles furent promulguées qui, par leur silence, excluaient implicitement la nullité du mariage (Novelle VI, chap. V et Novelle XXII, chap. XLII). Elles se bornent à prononcer contre les ministres de la religion catholique qui se marieraient depuis leur ordination la peine de la déposition. Entre autres, la novelle VI est très claire en ce sens : « Si quelque prêtre, diacre ou sous-diacre, après son

(1) Regul. tit. XVI, § 4.

» ordination, prend une épouse ou une concubine (femme légi-
» time d'un rang inférieur), peu importe que cette union soit
» publique ou secrète, ce ministre sacré perdra immédiatement
» tous les avantages de son ordination, et dans la suite qu'il
» soit traité comme un homme vulgaire ». On le voit, ce sont des pénalités, des déchéances qui atteignent le coupable ; en aucune façon, son mariage n'est frappé de nullité.

Nous arrivons maintenant à l'étude des conséquences du défaut de consentement du père de famille. Faut-il ranger cet empêchement parmi ceux qui, comme les précédents, ne constituent que de simples prohibitions ? Faut-il, au contraire, le considérer comme un de ceux dont la violation entraîne la nullité du mariage ? Quelques interprètes ont prétendu qu'il ne pouvait être question que d'un empêchement prohibitif. Mais ce système a été généralement rejeté ; et, pour notre compte, nous pensons avec la majorité des auteurs qu'il ne doit pas être soutenu.

Les partisans de l'opinion que nous combattons s'appuient cependant sur un texte qui, au premier abord, paraît leur être bien favorable. Nous lisons, en effet, dans les *Sentences* de Paul, au livre II, Tit. XIX, § 2 : « *Eorum qui in potestate patris sunt,*
» *sine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur sed con-*
» *tracta non solvuntur : contemplatio enim publicæ utilitatis*
» *privatorum commodis præfertur.* » Le sens naturel de ce texte est, semble-t-il, celui-ci : « Ceux qui sont soumis à la puissance
» paternelle ne peuvent se marier sans le consentement du
» père de famille ; mais une fois le mariage contracté, pas de
» nullité possible. En effet, l'intérêt public doit passer avant
» les vœux des particuliers. » Cela reviendrait à dire que le défaut de consentement du père forme bien un empêchement prohibitif, et non un empêchement dirimant au mariage de l'enfant de famille.

« Mais, suivant la remarque judicieuse de M. Demangeat, la
» distinction entre l'empêchement prohibitif et l'empêchement

» dirimant ne se comprend pas dans une législation comme la » législation romaine, où il n'existe point un acte solennel de » célébration du mariage, un acte qui suppose l'intervention » d'un officier public... » (1) Cette observation ne nous paraît pas en opposition avec les solutions que nous avons données précédemment, sur la nature purement prohibitive de certains empêchements du Droit romain. Nous n'avons jamais prétendu que la distinction entre l'empêchement dirimant et l'empêchement prohibitif pût se faire, en Droit romain, avec la netteté qu'on rencontre dans les législations modernes. Le mot prohibitif n'a même été employé que pour exprimer plus rapidement une situation juridique, dont nous croyons avoir constaté l'existence dans certaines hypothèses limitativement énumérées. Mais, tout en nous associant à la pensée de M. Demangeat, il ne nous paraît pas rigoureusement exact de dire que la caractéristique de l'empêchement prohibitif soit d'être toujours et uniquement un obstacle à la célébration du mariage. Nous verrons plus tard qu'avant le Concile de Trente pour le monde catholique, avant l'Édit de Blois qui, sur ce point, ne fit que promulguer le Concile de Trente pour la France, la validité du mariage ne dépendait pas essentiellement d'une célébration devant le prêtre. Il pouvait y avoir mariage, et mariage inattaquable, sans aucune espèce de célébration ni de bénédiction nuptiale. C'était, en un mot, le système du Droit romain dans toute sa pureté primitive ; le consentement des parties, sérieusement échangé, suffisait à la perfection du mariage, pourvu que d'ailleurs les futurs époux ne tombassent sous le coup d'aucun empêchement dirimant. On était alors en présence du mariage *per verba de præsenti*, qui était, nous le répétons, un véritable mariage, et dont nos anciens auteurs se sont tant occupés. Or, bien que le droit canonique, alors la loi française pour la question de fond du mariage, reconnût parfaitement la

(1) T. I, page 246.

validité des unions contractées sans célébration d'aucun genre, il n'en admettait pas moins la classification des empêchements en dirimants et en prohibitifs. C'est une preuve à notre avis qu'on ne saurait rattacher exclusivement à l'idée de célébration, la théorie de l'empêchement prohibitif. Du reste, M. Demangeat nous semble se rallier implicitement à cette doctrine, puisque lui-même, ainsi que nous l'avons vu, parlant des prohibitions des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, soutient que la violation de ces prohibitions n'amenait pas la nullité du mariage ; donc il suppose que l'empêchement prohibitif ne se lie pas nécessairement, en Droit romain du moins, à la question de célébration, car le mariage romain, à cette époque, et bien longtemps encore, n'était accompagné d'aucune solennité.

Mais revenons à notre texte. Avant d'en présenter la traduction exacte et le sens vrai, il n'est peut-être pas inutile de savoir et de dire l'origine de l'explication erronée que nous en avons d'abord fournie. Pour des raisons connues, Pothier passe entièrement sous silence cet aspect cependant si intéressant de la question. Il ne suffit pas d'écrire, comme le fait ce grand jurisconsulte : « Nos adversaires, pour prouver que les » mariages contractés contre la disposition de la loi civile ne » laissent pas d'être valables quant au lien, et qu'ils sont seule- » ment privés des effets civils, allèguent un texte des *Sentences* » du jurisconsulte Paul, livre 2, t. 19, § 2, où il est dit : *Eo-* » *rum...* » puis de redresser, avec une incontestable autorité, le commentaire que nous connaissons. Ce n'est pas le premier venu qui a commis cette méprise, que Pothier relève à bon droit. Pour ne nommer que des illustres, c'est Cujas sur les lois 2 et 10 au *Digeste De ritu nuptiarum*, c'est Godefroy, sur la loi 15 au même titre, qui avancent, en s'appuyant sur notre texte, que les mariages contractés par les enfants de famille, sans le consentement du père, ne sont pas nuls, pour le Droit civil. Est-ce que ces maîtres immortels dans la science du Droit romain auraient enseigné une doctrine si complètement fausse,

sans un motif plausible qui expliquât leur opinion ? Notre réponse ne sera claire, que si nous entrons dans quelques détails que nous jugeons nécessaires à la marche lumineuse de la discussion.

Les adversaires dont parle Pothier sont les théologiens, disons plus exactement les auteurs qui soutiennent : « qu'il y » a deux sortes de contrats de mariage ; l'un, du droit des » gens, qui est commun à tous les peuples ; l'autre, du droit » civil, lequel est propre et particulier à chaque nation. J.-C., » ajoutent-ils, ayant voulu communiquer ses sacrements, non » à un état particulier, mais à toutes les nations et à tous les » royaumes, a choisi, pour élever à la dignité de sacrement, le » contrat de mariage du droit des gens, qui est commun à tou- » tes les nations, et non le contrat civil de quelque état parti- » culier. D'où ces citoyens concluent qu'il suffit qu'un contrat » de mariage ne contienne rien de contraire à ce que le droit » naturel et des gens exige dans les mariages, quoique on y ait » contrevenu à ce qui est requis par la loi civile, pour qu'il soit » un vrai mariage, et pour qu'il soit élevé à la dignité de sacre- » ment ; que la contravention à la loi civile peut bien priver ce » mariage des effets civils, mais qu'elle ne peut en empêcher » le lien... » (1).

Qu'on nous pardonne cette citation un peu longue et qui pourrait paraître en dehors du sujet. Nous en maintenons l'utilité cependant, parce qu'elle exprime, mieux que nous n'avons pu le faire précédemment, une opinion que nous avons essayé de défendre, convaincu qu'elle est la seule vraie au point de vue chrétien, et la seule admissible au point de vue historique. Et quand nous faisons appel aux idées chrétiennes, nous croyons en même temps faire œuvre de jurisconsulte et de commentateur des lois civiles, puisque, à l'époque de Pothier, on ne sau-

(1) Pothier : *Traité du contrat de mariage.* Partie I, chap. III, article I, n° 16.

rait trop le redire, c'est encore la loi canonique qui était, en droit sinon en fait, la loi du mariage pour les Français. Or, nous répétons qu'il nous paraît plus conforme au caractère universel, catholique de l'Église chrétienne, de supposer que le mariage chrétien, qui a été seul le mariage français pendant tant de siècles, est le mariage universel, commun à l'humanité tout entière, et non pas cette société particulière, d'une organisation plus tyrannique que familiale, qui s'appelle les *justæ nuptiæ*. Pourquoi veut-on que le christianisme, dont une des conquêtes les plus désirées et les plus appréciées aura été de fondre l'humanité tout entière dans une immense et réelle fraternité, se soit obstiné à faire revivre, au sein d'une législation qui s'adressait à tous, un type, un modèle d'union matrimoniale, que le souffle de la *naturalis ratio* n'animait pas, quoi qu'en ait pu dire Justinien ! On comprend bien la raison pour laquelle nous nous attachons si énergiquement à cette théorie. Si le mariage des Français a été, jusqu'en 1791, le mariage chrétien, ce qui ne fait de doute pour personne, et si le mariage chrétien, ce qui est controversé, n'est pas autre chose que le mariage du droit des gens élevé à la dignité de sacrement, il suit de là logiquement que le mariage des Français était en droit, avant la Révolution, indépendant de la loi civile, et que celle-ci suivant le langage de Pothier : « peut bien priver ce mariage des » effets civils, mais qu'elle ne peut en empêcher le lien ». Remarquons que cette phrase de Pothier, qui exprime une thèse qu'il rejette absolument, comme contraire aux droits imprescriptibles de la société civile, n'est que le résumé de l'Édit de Henri II, où se trouve très nettement et législativement indiquée cette distinction fondamentale, consacrée cette fois par la loi française, entre le lien même du mariage et les effets civils qui n'en sont que l'accessoire.

Et c'est précisément, parce que le mariage des Français dans l'ancien droit était le mariage du droit naturel sanctifié par le sacrement, que l'Église chrétienne, la loi française qui s'inspi-

rait de sa morale, n'exigeaient, pour la validité de l'union matrimoniale, que les conditions essentielles du droit naturel. Or, le droit des gens, tel qu'il était reconnu à Rome, c'est-à-dire le droit naturel dans son acception la plus vaste, ne demandait pas, pour la validité du mariage, le consentement des parents. Et voilà pourquoi, Cujas et Godefroy, jurisconsultes éminents mais aussi jurisconsultes tout pénétrés des idées chrétiennes, ont commis l'erreur d'exégèse juridique que nous avons signalée. Vivant à une époque, où le mariage des enfants de famille, contracté sans le consentement des parents, était inattaquable, et cela en vertu d'une tradition séculaire, ils ont pu, trompés par le sens apparent du texte de Paul, croire qu'il n'y avait là, même en Droit romain, qu'un empêchement prohibitif. Ils ont erré, nous le voulons bien ; mais leur erreur s'explique par la pratique universelle et incontestée qui avait cours de leur temps, et n'oublions pas que Cujas, qui mourut en 1590, a connu l'Édit de Blois, où nos adversaires découvrent la nullité absolue du mariage que contracte le mineur contre le gré de ses parents. Nous aurions souhaité que Pothier ne passât pas tout à fait sous silence ces détails qu'il ne pouvait ignorer, et dont la production aurait peut-être rendu moins tranchées certaines de ses affirmations.

Ces observations ne sont pas nouvelles ; et nous en trouvons la trace dans un *Traité sur le mariage*, paru au XVe siècle, et où nous lisons : « ... Malgré des autorités si formelles, Cujas » sur les lois 2 et 10 au *Digeste, de ritu nuptiarum*, et Godefroy » sur la loi 15 au même titre, avancent que ces mariages ne » sont pas nuls, par le droit civil. Ils se fondent l'un et l'autre » sur l'autorité de Paulus, dans ses *Sentences : Justæ non sunt* » *nuptiæ fateor*, dit M. Cujas. *Sed non dissolvuntur tamen invitis* » *maritis : quia, ut eleganter* Paulus ait. 2. *Sentent* 19 ; *contem-* » *platio publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur*. Gode- » froy dit la même chose *loco citato* (1).

(1) *Ad legem Filius*, 25, *eodem titulo* ; Godefroy, traitant la même question,

» Quoique les deux jurisconsultes français fussent tous deux » et très habiles et très exacts, il y a néanmoins sujet de croire » qu'ils ont plus cherché en cette occasion à s'accommoder à » la jurisprudence qui avait prévalu depuis quelques siècles » qu'à représenter le véritable sens des lois romaines, qui se » montre assez de lui-même, et que la *Sentence* de Paulus ne » saurait obscurcir, quand il serait sûr qu'elle fût de lui, et » quand elle ne pourrait souffrir une autre interprétation que » celle que ces messieurs lui donnent.

» Il n'est pas sûr que la sentence sur laquelle M. Cujas et » Denis Godefroy fondent leur sentiment, soit du jurisconsulte » Paulus, et il y a grand sujet d'en douter, par la raison qu'elle » est contraire à une autre maxime qui est constamment du » même jurisconsulte, et que l'empereur Justinien fait mettre » comme une loi fondamentale, à la tête du titre *De ritu nup-* » *tiarum* au *Digeste*... Ainsi, il y a grand sujet de douter que » la sentence que l'on oppose, soit du jurisconsulte Paulus : et » il y a lieu de croire qu'elle est plutôt des additions d'Anianus, » qui vivait au temps d'Alaric roi des Goths, et qui a fait des » notes sur le Code Théodosien ».

Ainsi, nous l'accordons : Cujas et Godefroy ont mal compris

s'exprime en ces termes : « *Injustæ nuptiæ fiunt, injusta uxor, injusti li-* » *beri... spurii, nulla dos, nulla uxor erit ; non tamen jure civili romano* » *dissolvitur matrimonium* ». Ces paroles nous semblent remarquables, à cause de l'énergie des sanctions qu'elles renferment. Ainsi, il n'y a pas de justes noces : l'épouse n'est pas légitime, les enfants ne le sont pas non plus : on les qualifie de *spurii*, d'enfants trouvés, nés de relations inavouables ; et cependant, malgré toutes ces déchéances, le Droit civil romain ne permet pas de dissoudre ce mariage. Et si nous n'oublions pas que c'est un jurisconsulte, un savant qui connait la valeur des mots et qui est habitué à leur emploi judicieux, qui parle ainsi d'un mariage qu'il déclare existant, *non tamen dissolvitur matrimonium* ; nous n'aurons pas le droit de conclure, sans hésitation, à la nullité du mariage, quand nous lirons, dans certains canons, dans certains textes rédigés *modo oratorio*, ces mêmes qualificatifs sévères, qui, pour Godefroy, se concilient parfaitement avec la validité de l'union matrimoniale.

la pensée de Paul ; car nous ne discutons pas la question d'interpolation. Mais il n'en reste pas moins vrai :

1° Que la nullité du mariage des enfants, contracté sans le consentement des parents, répugnait profondément aux idées reçues à l'époque de Cujas et de Godefroy.

2° Que cette même nullité n'existait probablement pas, cette conjecture n'a rien de forcé, au temps d'Alaric, roi des Wisigoths, qui régna de 484 à 507, et qui fit rédiger le *Breviarium Alaricianum ;* puisque, au témoignage de l'auteur que nous citons, un contemporain d'Alaric, Anianus, qui fit des additions à cette compilation, est soupconné d'avoir inséré un texte, dont le sens équivaudrait à un changement complet de l'antique doctrine des *justæ nuptiæ*.

Est-il défendu de penser que cette modification importante, qu'elle provînt d'une interpolation ou d'une interprétation fantaisiste d'un texte authentique, avait sa raison d'être sous une loi lentement mais volontairement introduite par le christianisme ? Pourquoi l'Église, qui, en principe, s'appropriait la législation romaine, n'aurait-elle pas apporté cette atténuation libérale à la rigueur des *justæ nuptiæ*, afin de faciliter le mariage des enfants chrétiens, que l'obstination de leurs pères, demeurés païens ou devenus hérétiques, aurait injustement molestés ? Nous aurions alors, ou les *justæ nuptiæ* sans l'exigence du *consensus* de la part des parents ; ou le mariage du droit des gens, nouveau quant à son extension, et pour lequel n'aurait jamais existé la nécessité du *consensus*.

« Mais supposé que cette sentence soit effectivement du
» jurisconsulte Paulus, on peut l'entendre d'une manière et
» plus juste et plus convenable, en ne lui donnant lieu que
» lorsque le père, ayant eu connaissance du mariage de son
» fils, ne s'y est pas opposé ; et qu'il n'a pas donné des témoi-
» gnages publics qu'il ne l'approuvait pas. Ce qui se rapporte
» à cette décision de l'empereur : *Si pater cognitis vestris nup-*
» *tiis non contradixit*, *vereri non debes ne nepotem suum non*

» *agnoscat.* Et quoique régulièrement le consentement doive » précéder, le silence du père fait présumer un consentement » tacite, qui le rend non recevable à disputer l'état des enfants » issus d'un mariage qu'il a connu et toléré. »

Cette première explication du texte de Paul est ingénieuse, et ne renferme rien qui la fasse rejeter *a priori.* Est-elle bien exacte ? Prévoit-elle au juste l'hypothèse que le jurisconsulte avait en vue ? Nous ne le croyons pas, et nous préférons l'analyse, que nous a laissée Pothier du texte controversé, et qui est depuis longtemps, on peut le dire, le commentaire universellement accepté :

« Je réponds que ces termes, *sed contracta non solvuntur*, ne » doivent pas s'entendre dans le sens qu'ils paraissent d'abord » présenter. Pour connaître le véritable sens de ces termes, » *sed contracta non solvuntur*, il faut rapprocher ce texte d'un » autre texte des *Sentences* de Paul : *lib.* 5, *t.* 6, § 10, où il est » dit : *Bene concordans matrimonium separari a patre D. Pius* » *prohibuit.* »

« Avant cette constitution d'Antonin, la puissance paternelle » ne se bornait pas à empêcher que les enfants de famille ne » pussent contracter mariage sans le consentement de leur » père ; mais même après que le mariage avait été valablement » contracté avec le consentement du père, la puissance pater- » nelle donnait encore le droit au père de dissoudre le mariage » de sa fille par le divorce, lorsqu'il le jugeait à propos, même » malgré sa fille, lorsque sa fille mariée était demeurée en sa » puissance. C'est ce que nous apprenons d'un jugement d'En- » nius, où ce poète fait ainsi parler une fille :

» *Si improbum esse Ctesiphontem existimaveras,*
» *Cur me huic locabas nuptiis ? Sin est probus,*
» *Cur talem invitum, invitam cogis linquere ?* (1).

(1) Si tu avais pensé que Ctesiphon n'était pas un honnête homme, pourquoi m'avoir donné à lui en mariage ? Mais s'il est honorable, pour-

» L'empereur Antonin, ayant trouvé que ce droit qu'avaient » les pères de dissoudre le mariage des enfants qu'ils avaient » sous leur puissance, lorsqu'il était bien concordant, était » contraire au bien public et au bon ordre de la société, abolit » ce droit par sa constitution.

» Il est facile, à présent, d'apercevoir le sens de ces termes: » *sed contracta non solvuntur*. Après que Paul a dit que les en- » fants de famille ne peuvent valablement contracter mariage » sans le consentement de leur père, en la puissance de qui ils » sont, *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus,* » *matrimonia jure non contrahuntur*, il ajoute, *sed contracta non* » *dissolvuntur* : c'est-à-dire, mais lorsque les mariages ont été » une fois valablement contractés, le consentement du père y » étant intervenu, le père n'a plus le droit de les dissoudre, » comme il l'avait autrefois. Ensuite Paul nous apprend la rai- » son qui a porté l'empereur à abolir ce droit que donnait » autrefois au père la puissance paternelle : c'est, dit-il, que » l'intérêt public et le bon ordre de la société, qui ne permet- » tent pas de dissoudre des mariages bien concordants, doit » prévaloir à cet égard aux droits de la puissance paternelle, » qui ne contiennent qu'un intérêt de particuliers : *Contempla-* » *tio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur* (1) ».

Serait-il téméraire d'ajouter que le christianisme, faisant un pas de plus dans le sens de la liberté et de l'intérêt de tous, a voulu que l'intérêt privé, celui du père de famille, ne fût pas l'arbitre absolu du droit qu'a le fils de famille d'assurer sa moralité par un légitime mariage ? Nous avons constaté, à satiété, que ce n'était pas la protection de l'enfant, mais bien la puissance tyrannique du père qui était en jeu à Rome. Le Droit romain, qui, en somme, et malgré deux mots dont nous avons fait justice, ne voyait que le père, subordonnait la validité du

quoi, puisqu'il ne le veut pas lui-même, me forcer à l'abandonner malgré moi ?

(1) Pothier : *Traité du contrat de mariage*, n° 17.

mariage de l'enfant en puissance à l'autorisation paternelle. La législation canonique, la nôtre pendant tout l'ancien Droit sans ne voir uniquement que le fils, se préoccupe cependant dans une large part de sauvegarder la liberté et la moralité de l'enfant nubile. Elle n'entend pas que le fils se marie, avant d'avoir consulté son père, avant d'avoir même, autant que possible, obtenu son assentiment ; mais elle ne veut pas que ce fils soit irrévocablement arrêté, dans le choix d'une épouse légitime, par le refus arbitraire de son père ; alors surtout que ce père peut n'obéir qu'à des considérations mesquines d'égoïsme et d'amour-propre mal placé, comme cela n'arrivait que trop souvent dans notre ancien Droit. En conséquence, nous adoptons pleinement la formule de Paul : *Contemplatio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur*, la considération de l'utilité publique doit être préférée à l'avantage privé, à la condition qu'on nous permette de l'appliquer à notre thèse. Soit, dirons-nous, il importe aux intérêts généraux, aux intérêts d'un ordre supérieur, que la prérogative d'ordre purement privé, qui s'appelle la puissance paternelle, ne s'exerce plus avec sa logique rigoureuse ; donc le père de famille qui sera intervenu à un mariage n'aura plus le droit de le dissoudre, ainsi qu'il l'avait autrefois. Mais pourquoi ne ferions-nous pas rentrer dans cette *publica utilitas* qui, au dire du jurisconsulte, prime l'avantage des particuliers, la nécessité de garantir ce que nous désignons par ces mots, moralité et liberté du fils de famille. Pourquoi l'influence de l'utilité publique n'agirait-elle pas avant le mariage, aussi fortement qu'elle se manifeste après l'union matrimoniale ? C'est l'éternelle question de l'harmonie, de la conciliation entre ces deux termes : puissance domestique du père et droit de l'enfant arrivé à la puberté. Faut-il se préoccuper avant tout de l'autorité du père ? C'est la théorie romaine, plus politique qu'humaine ; n'oublions pas cependant les secours énergiques que le Droit romain accordait à l'enfant nubile. Est-il mieux de songer à la liberté du fils, de

l'enfant, dont les légitimes aspirations, en cette matière délicate, relèvent bien de cette *publica utilitas*, qu'exaltait le jurisconsulte Paul ? C'est la solution chrétienne, canonique, c'est celle de notre ancien droit jusqu'à une certaine époque. Dira-t-on qu'ici, comme en beaucoup de choses, la vérité est dans un juste milieu, et que des concessions réciproques faciliteraient l'accord entre ces deux droits également respectables ? Nous y consentons, et nous essayerons de trouver, sur ce terrain, une conciliation possible, pourvu cependant qu'on ne nous présente pas, à titre d'idéal, la législation de notre Code civil.

Il n'est peut-être pas sans intérêt de rapprocher de cette explication, donnée par Pothier, celle que nous trouvons dans un auteur du XVII[e] siècle, M[e] Le Merre, avocat au Parlement. Cette double autorité montrera d'abord l'origine traditionnelle du commentaire de Pothier, et la place que ce texte de Paul occupait dans la controverse que nous résumons.

« Ce n'est pas une chose constante, que cette sentence soit » de l'auteur auquel on l'attribue. Plusieurs savants critiques » sont persuadés qu'elle est d'Alaric roi des Goths, ou d'Ania- » nus qui par son ordre a fait quelques commentaires sur les » sentences de ce jurisconsulte. Il y a changé beaucoup de » choses ; et ses interprétations sont souvent plus conformes » aux usages que les Goths observaient de son temps, qu'au » texte qu'il voulait expliquer....... Mais supposons qu'elle » soit du jurisconsulte Paul, on ne peut en tirer aucun avantage » (pour l'opinion qu'il combattait, savoir la validité, en Droit » romain, du mariage contracté sans le consentement du *pater-* » *familias*). Il a pu entendre par ces paroles, que les enfants qui » ne sont pas émancipés, ne peuvent point se marier si leur père » n'y consent : mais que s'ils se sont mariés de son consente- » ment, le mariage subsiste, quoique le père change de senti- » ment, et qu'il le désapprouve après l'avoir autorisé... Il y a » eu un temps où l'on donnait un peu trop à l'autorité pater- » nelle. Les pères en abusaient souvent. C'est ce qui obligea les

» romains qui avaient établi ces usages parmi eux, de les réfor-
» mer. Quoiqu'un père eût consenti au mariage de sa fille,
» qu'il l'eût même mariée par son autorité, il la reprenait
» quelque temps après, pour peu de sujet qu'il prétendît avoir
» de n'être pas content de son gendre... C'est apparemment
» de ces mariages, dont il faut entendre ce que l'on propose
» du jurisconsulte Paul. La raison qu'il apporte pourquoi
» *contracta non solvuntur*, en est une forte conjecture : *Contem-*
» *platio enim*, dit-il, *publicæ utilitatis*, *privatorum commodis*
» *præfertur*.

« Quand il serait vrai que le jurisconsulte Paul aurait
» approuvé le sentiment qu'on lui attribue ; cela ne fait rien
» pour la contestation présente. Cet auteur a vécu sur la fin
» du second siècle, et au commencement du troisième, il écri-
» vait sous le règne de l'empereur Antonin Caracalla. On pour-
» rait en conclure seulement, que quelques empereurs payens
» ont autorisé les mariages des enfants de famille, faits sans le
» consentement de leurs parents, et que c'était un usage reçu
» du temps de ce jurisconsulte... Les empereurs chrétiens l'ont
» abrogé...

« Il est vrai que l'empereur Justinien a donné autorité aux
» sentiments du jurisconsulte Paul, et que ses témoignages font
» une partie du *Digeste* : mais la loi insérée au t. 2, *De ritu*
» *nuptiarum*, fait voir qu'il a cru que ce jurisconsulte était
» dans un sentiment contraire. « *Nuptiæ consistere non pos-*
» *sunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in*
» *potestate sunt* » (1).

Ainsi, au XVIIe siècle, au plus fort de la lutte sur cette question du mariage des enfants de famille, qui a tant agité l'ancien Droit, on doutait de l'authenticité du texte de Paul. Les partisans de la nullité du mariage de l'enfant mineur, contracté

(1) Le Merre : Justification des usages de France sur les mariages des enfants de famille, faits sans le consentement de leurs parents. Paris 1687.

sans le consentement des parents, et Me Le Merre en était un des plus convaincus et des plus éloquents, n'étaient pas complètement rassurés par l'explication, pourtant si plausible, qu'ils pouvaient en donner conformément à leur thèse. Ils imaginaient une interpolation, dont se serait rendu coupable Anianus, vers le début du VIe siècle ; ce qui prouverait au moins qu'à cette époque, c'est-à-dire avant Justinien, on admettait, dans les Gaules, une pratique contraire à l'antique rigueur du Droit romain, pratique certaine et enracinée au point de tromper des maîtres, Cujas et Denis Godefroy. Me Le Merre ne s'arrête pas là ; il fait une supposition, à notre avis, bien imprudente pour sa thèse, qui est d'établir que le Droit romain n'a jamais admis la validité des mariages des enfants de famille, contractés sans l'assentiment du *paterfamilias*. Il accepterait volontiers, au moins il semble le dire, que Paul a réellement voulu décider qu'il y a *justæ nuptiæ*, même si on a passé outre au consentement paternel. Cette concession nous paraît grave, puisque, si elle était exacte, il faudrait en conclure, qu'un des plus grands jurisconsultes de Rome, au moment où le Droit romain était encore dans tout son éclat, a sanctionné de l'autorité de son nom une innovation qui battait en brèche l'antique et rigide *patria potestas*. Il y a, dans l'hypothèse de Le Merre, un renversement des rôles qui nous frappe, et que son invraisemblance, selon nous, suffit à faire condamner.

Peut-on soutenir, comme une vérité historique, que : « quel» ques empereurs payens ont autorisé les mariages des enfants » de famille, faits sans le consentement de leurs parents, que » c'était un usage reçu du temps de ce jurisconsulte (Paul)... » et que les empereurs chrétiens l'ont abrogé (cet usage) ? » Antonin Caracalla aurait fait quelque chose pour la liberté des enfants de famille, et ce seraient les empereurs chrétiens de l'époque ultérieure, à commencer peut-être par Philippe, qui, dit-on, était chrétien, qui auraient rétabli cette vieille et tyrannique *patria potestas*, qu'un souffle de liberté païenne au-

rait renversée ? Il nous est impossible d'adopter une pareille manière de voir. Sans doute, ce serait pour notre thèse un inappréciable appui que de pouvoir nous recommander d'un texte aussi concluant que celui de Paul. Toutefois nous préférons, parce que cela nous semble plus en rapport avec la réalité des faits, croire que Paul n'a pas eu la pensée de promulguer une loi nouvelle sur la validité du mariage des enfants de famille ; qu'il a simplement, en des termes un peu ambigus, rappelé la législation traditionnelle, en la réformant sur un point étranger à notre thèse ; et qu'il était réservé, nous ne disons pas aux empereurs chrétiens, plus ou moins esclaves des idées païennes qui réglaient la constitution de la famille, mais au christianisme, à la loi canonique dégagée de tout alliage, d'abroger, avec les tempéraments nécessaires, ce qui, dans l'héritage du passé, aurait blessé les nouveaux principes de liberté et d'affranchissement. Donc, pour nous, la véritable pensée de Paul n'est pas douteuse ; son texte n'a pas d'autre but que d'accentuer de nouveau et plus fortement la signification du rescrit d'Antonin. On ne saurait y voir, même à l'état de pure hypothèse, une interruption de la théorie du Droit romain sur l'exigence du consentement du *paterfamilias*. Ce lamentable oubli des principes, d'après nos adversaires, cette équitable consécration du droit de l'enfant nubile, d'après nous, ne devait se produire que plus tard ; et nous aurons à remarquer que le retour à la loi des *justæ nuptiæ*, que cette quasi-oppression de la liberté du mariage, après des alternatives diverses, atteindra son plein développement, à l'époque où l'absolutisme législatif le plus complet pèsera sur la France, au XVIIe et au XVIIIe siècles. Nous espérons qu'on admettra plus aisément avec nous l'action de Louis XIII, de Louis XIV, de leurs parlements surtout, s'exerçant dans le sens d'obstacles, d'entraves à apporter à la liberté du mariage, qu'on ne serait disposé à croire avec Le Merre que Caracalla ou que Paul sous l'inspiration de l'empereur, aient songé, au début

du troisième siècle, en pleine tyrannie impériale, à énerver une institution, dont la raison d'être était plus dans la politique que dans les sentiments de famille. On nous dit bien que Caracalla octroyait généreusement les droits de cité : mais nous savons que c'était pour se procurer de l'argent, et les textes ne nous révèlent l'existence d'aucune taxe matrimoniale payée à l'empereur, moyennant laquelle l'enfant de famille, encore en puissance, aurait pu se marier légitimement sans le consentement du *paterfamilias*.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir touché tous les points de droit auxquels donne lieu notre sujet, encore moins la conviction d'avoir épuisé la discussion sur tous ceux que nous avons traités, et qui sont relatifs à l'intéressante question du *consensus patrisfamilias* dans la législation romaine. En terminant cette partie de notre étude, nous demandons seulement à retenir ces deux affirmations, dont nous croyons avoir suffisamment démontré la vérité juridique, et dont la constatation accentuée importe au résultat que nous poursuivons :

1° Les *justæ nuptiæ* romaines n'étaient pas le mode unique de mariage légitime (nous prenons ce mot *légitime* dans son acception la plus large), en usage chez les Romains. Dérivées, comme la *patria potestas* à laquelle elles se rattachent, d'une conception surtout politique, réservées au citoyen Romain, qui d'ailleurs n'avait pas que ce moyen de se marier légitimement, les justes noces laissaient, pour ainsi dire, intacte la question plus générale du mariage accessible à tous, du mariage de l'être humain, de cet être humain dont le droit à une union matrimoniale, respectée et inattaquable, s'élève au-dessus de toutes les classifications arbitraires de nationalité et de cité. Par conséquent, il n'est ni dans la logique ni dans la vérité historique, de vouloir réglementer ce second mariage, que nous qualifierons volontiers d'universel, en ce sens que ses conditions doivent être les mêmes pour tous les hommes, pour tous les temps, et pour tous les lieux, par des prescriptions, par des

lois empruntées à un état social, reposant sur des distinctions, sur des inégalités civiles que le progrès a fait disparaître.

2° En admettant même, pour un moment, que les *justæ nuptiæ* se soient rapprochées plus que nous le croyons, par leur législation, de ce mariage vraiment humain, dont les conditions essentielles doivent être les seules, à notre avis, qui puissent être imposées à peine de nullité : il ne faut pas oublier que l'exigence de certaines conditions du droit civil romain n'avait pas ce caractère d'inflexibilité rigoureuse dont rien ne peut triompher. C'est ainsi, par exemple, que le consentement du père de famille, auquel il est impossible de suppléer dans notre Code, pendant une période de 7 ou de 6 ans depuis la puberté, pouvait, en Droit romain, être remplacé par l'autorisation du magistrat, si le père de famille le refusait sans droit, *injuria* : on allait même, les textes l'établissent, jusqu'à voir une opposition injustifiée dans le fait du père, qui ne voulait pas doter, ou qui négligeait de chercher pour ses enfants un parti avantageux.

TROISIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT

LIVRE PREMIER

LÉGISLATION ET JURIDICTION EN MATIÈRE DE MARIAGE

CHAPITRE PREMIER.

PRÉLIMINAIRES.

Sommaire. — Obscurité et contradiction apparente des textes. — Plan général de la troisième partie.

En commençant cette troisième partie de notre travail, qui renfermera l'étude des dispositions de notre ancien Droit relatives à la question qui nous occupe, nous sommes tenté de rappeler le mot très exact de M. Accarias sur les *Sentences de Paul* : chef-d'œuvre de désordre. Il ne s'agissait, bien entendu, dans l'esprit de l'auteur, que d'une allusion à la méthode, à la disposition, suivant laquelle sont groupées les matières juridiques

élucidées par l'illustre jurisconsulte, et nullement de l'obscurité, encore moins de l'incohérence des solutions exprimées. Est-ce à dire que l'ancien Droit, sur le point en discussion, nous présente la même absence d'harmonie? Oui, d'une certaine manière, qu'il ne sera que trop facile de constater. Il y a plus. Ce n'est pas seulement l'examen de l'arrangement des textes, qui nous fait conclure au désordre dans la forme : c'est le fond lui-même, c'est la législation positive elle-même, qui nous paraît offrir des contradictions, des prescriptions opposées ou peu nettes. Ce reproche viserait spécialement tout ce qui regarde les débuts de l'ancien Droit, c'est-à-dire, pour nous, la période qui s'étend des Mérovingiens aux premières ordonnances des rois de France sur le mariage. A partir de cette époque qui commence à Henri II, et surtout après l'ordonnance de Blois et celles de Louis XIII, la difficulté d'exposition se complique, à notre avis, de la lutte, entre ce que nous croyons être la vérité législative et la tendance de la jurisprudence. La loi civile, par l'organe de ses représentants les plus autorisés, affichera hautement la pensée de rester foncièrement chrétienne, ce qui, pour notre thèse, équivaudrait à la résolution très arrêtée de ne jamais traiter directement la question de fond du mariage, matière essentiellement sacramentelle et par conséquent relevant d'une façon exclusive de la juridiction ecclésiastique. De son côté la jurisprudence, les parlements, s'efforceront de tourner, en pratique, ce principe que nous avons appelé une vérité législative, créant, en fait, un empêchement dirimant que la loi canonique, cela est évident, que la loi civile elle-même, nous essayerons de le prouver, n'avaient jamais établi. Ce dernier point ne sera, par lui-même, ni le moins intéressant, ni, hâtons-nous de le dire, le moins difficile à démontrer d'une manière suffisamment claire et convaincante. A la fin de notre ancien Droit, le dualisme sera parvenu à l'état aigu ; et encore bien que nous ne puissions approuver la rupture complète qu'opérera la Révolution entre le mariage traditionnel chrétien et le contrat

civil qu'elle lui substituera, nous ne serons pas loin d'applaudir à ce résultat qui aura tout au moins pour lui le mérite de la logique et de la franchise.

Telle est, esquissée à grands traits, la marche que nous nous proposons de suivre. Indiquons maintenant, brièvement et sous la forme d'un sommaire, les principales divisions dont le choix nous a semblé le plus propre à atteindre notre but.

Puisque nous traitons un point de droit relatif au mariage, nous devons tout naturellement nous demander d'abord quelle a été, dans notre ancien Droit, la loi qui a réglé la matière. Est-ce la loi canonique seulement? Est-ce la loi civile seulement? Est-ce concurremment cette double législation, et dans quelle mesure? Au pouvoir législatif qui fait la loi, se rattache le pouvoir judiciaire qui en surveille l'application et surtout en réprime la violation. De quel Tribunal ressortissait l'examen des espèces litigieuses sur le mariage? S'il y a eu partage de juridiction, la démarcation entre les deux pouvoirs a-t-elle toujours été très précise et surtout très fondée en droit? Tels sont quelques-uns des problèmes nombreux et intéressants que nous aurions à résoudre, si nous voulions, ou plutôt si nous pouvions entreprendre une exposition complète de ce premier point: Où et quelle est la loi qui a réglementé le mariage, dans notre ancien Droit?

Sachant où nous trouverons la loi du mariage, dans le droit canonique, nous rechercherons, en limitant nos investigations au sujet particulier que nous étudions, les textes législatifs qui prévoient l'hypothèse et peuvent l'éclairer. C'est ici surtout, dans cette partie que nous intitulons: *des canons controversés*, que nous rencontrerons des obscurités, des contradictions même. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer avec insistance que nous n'oublions nullement que notre thèse n'est pas une étude de droit canonique. Mais personne n'ignore que, à l'époque où nous nous plaçons, principalement pour la matière du mariage que nous tentons d'approfondir, la loi canonique n'était pas

distincte de la loi civile, ou, plus exactement, la loi civile était à peu près muette sur toutes les questions de mariage. En conséquence, le *Corpus juris canonici* était et sera pour nous provisoirement, nous n'en abuserons pas, le Code civil matrimonial des Français, d'une manière absolue jusqu'à Henri II, moins rigoureusement en fait jusqu'à la Révolution française.

Le texte législatif qui embrasse dans sa généralité tous les sujets de la loi et tous les cas de son application, s'individualise, en quelque sorte, pour paraître plus saisissant, en des hypothèses spéciales que l'histoire a rendues célèbres. Quoi qu'il en soit de la solution des difficultés historiques, ce qui devra ressortir pour tous, ce que d'ailleurs personne ne songe à nier, c'est le soin jaloux, l'inébranlable inflexibilité, avec lesquels l'Église chrétienne, son organe séculaire, la Papauté, maintiendront, relativement au mariage, contre les passions des rois et des princes, les droits de la morale évangélique et de la conscience humaine.

Nous arrivons ainsi à l'édit de Henri II, qui marque une phase nouvelle et décisive, à cause des principes qu'il pose et des tendances qu'il accuse. Nous nous arrêterons un peu longuement sur ce premier monument de la législation purement séculière en matière de mariage, et nous raconterons un épisode touchant, qui rendra peut-être moins aride cette discussion, et qui certainement ne sera pas un hors-d'œuvre, puisqu'il résume parfaitement l'état juridique de la question et les préoccupations de l'opinion publique à cette époque. Le fait du mariage secret du fils du grand connétable de Montmorency avec l'infortunée Jeanne de Piennes est assez connu, pour que nous nous contentions de l'indiquer en ce moment. Nous verrons de quel côté était le droit, de quel côté était la loyauté, et nous aurons une occasion de plus de mettre en présence un roi de France, tyranniquement jaloux d'une prérogative qu'il devait à une paternité inavouable, et un pape que ni les menaces, ni les flatteries ne peuvent amener à rendre une sentence contraire

au droit et à la réalité des faits. Le roi de France, mieux inspiré, n'imitera pas l'exemple du roi d'Angleterre Henri VIII qui crut devoir changer sa foi religieuse parce que Rome ne voulait pas qu'il violât la foi conjugale qui le liait à une légitime épouse, et se contenta de rendre un édit, qui consacrait officiellement une pratique plusieurs fois séculaire, en reconnaissant la validité du mariage des enfants mineurs, contracté sans le consentement de leurs parents. Il est vrai que cet édit établissait des déchéances, des pénalités contre les enfants rebelles : mais ces peines civiles supposaient que le mariage lui-même était inattaquable.

C'est alors que, pour employer le langage moderne, dans les sphères gouvernementales, dans le monde des princes et des grands (la préoccupation d'assurer la liberté du mariage chez les roturiers n'expliquerait pas suffisamment ce zèle presque subit), se produisit une agitation passionnée. Le concile de Trente était réuni. Le roi Charles IX envoya des ambassadeurs pour obtenir de l'Assemblée conciliaire qu'elle fît du consentement des parents une condition *absolue* de validité pour le mariage des enfants mineurs. Nous étudierons avec soin l'histoire de ces instances royales ; nous résumerons les débats auxquels elles donnèrent lieu au sein du Concile, et nous constaterons que ce fut la cause de la liberté, nos adversaires diraient peut-être de la licence, qui l'emporta. Cette décision de la haute assemblée, les discours qui la précédèrent, sont autant d'éléments précieux pour l'historien et même pour le jurisconsulte, parce qu'ils sont comme les *Travaux préparatoires*, — on comprend dans quel sens, — des édits royaux rendus plus tard. Le Sénat de l'Église catholique avait résisté ; on répondit à ce refus, nous n'exagérons rien, mais les détails justifieront notre pensée, par l'Édit de Blois.

Nous entendons bien qu'on nous opposera que l'Édit de Blois ne fut que la promulgation, par l'autorité royale, d'un décret particulier du concile de Trente. Soit, il y avait cela, dans cet

acte royal ; il y avait de plus et c'était, nous le croyons, la principale raison qui avait poussé le roi à faire cette œuvre législative, le germe d'une théorie absolument nouvelle, au moins quant à son mode d'application. Nous voulons parler de cette invention, merveilleuse de souplesse et féconde en résultats inattendus, qui s'appelle le *Rapt de séduction*. Contentons-nous, dans cet exposé sommaire, de signaler le mot. Nous développerons la chose avec le luxe de sa casuistique inacceptable, et nous nous demanderons si le Rapt de Séduction, dont Etienne Pasquier, cet adversaire acharné des jésuites, fait gloire à la France, n'aurait pas pu inspirer à Pascal quelques-uns des traits les meilleurs de ses *Provinciales*.

Avec l'Édit de Blois, qui ne crée pas un nouvel empêchement dirimant, remarquons-le bien, mais qui abuse étrangement d'un empêchement canonique déjà existant, l'impulsion est, en quelque sorte, donnée. Les ordonnances royales sur la matière, les arrêts de règlement se succèdent avec rapidité. Nous rencontrerons les deux ordonnances de Louis XIII, et nous dirons pourquoi, — ce que se gardent bien d'expliquer nos adversaires, — cette répétition, à peu d'années de distance, des mêmes dispositions législatives.

Enfin, et ce sera la dernière partie de notre étude sur l'ancien Droit, nous examinerons avec quelque détail la jurisprudence née des édits et ordonnances.

Après cette analyse rapide qui aura servi à guider le lecteur, nous entreprenons le développement de chacun des points, de chacune des questions que nous avons indiquées, et dont nous avons essayé de faire ressortir l'enchaînement et l'importance pour notre thèse.

CHAPITRE II.

SOURCES DE LA LÉGISLATION MATRIMONIALE DANS NOTRE ANCIEN DROIT.

SOMMAIRE. — Texte de M. Viollet sur l'action du christianisme naissant relativement au mariage. — L'Église et le mariage du droit naturel. — Ce qu'était devenu le mariage romain. — La législation canonique et les Gaules. — Le concubinat et l'Église. — L'Église et le moyen âge.

« Dès l'origine du christianisme, le mariage est tombé dans » le domaine de l'Église ; il a été par excellence, entre chré- » tiens, matière de conscience, soumise aux décisions et à la » juridiction de l'Église.

» Je dis *juridiction*, parce que l'Église a exercé une juridic » tion sur les consciences chrétiennes, avant d'exercer exté- » rieurement et officiellement le moindre droit ; cette juridic- » tion sur les consciences fut la base la plus solide et le point » de départ le plus sérieux de sa juridiction officielle.

» Le mariage était du domaine de l'Église, non seulement en » raison de ces paroles de St. Paul : « *Sacramentum hoc ma-* » *gnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia* » et de divers » autres textes encore plus concluants ; mais aussi parce que » la morale privée fut dès l'origine et ne cessera jamais d'être » par excellence, du domaine de la conscience et du domaine » de l'Église laquelle s'empare de l'homme en dominant avant » tout sa conscience.

» Avant son triomphe sous Constantin, l'Église légiférait déjà

» en matière de mariage. Assurément sa législation n'avait
» aucune valeur officielle, mais elle obligeait tous ceux qui
» s'honoraient du nom de chrétien. Après Constantin, son
» influence et sa législation pénétrèrent de plus en plus la lé-
» gislation officielle ; néanmoins les empereurs ne cessèrent
» point de se considérer, eux aussi, comme législateurs, en
» sorte que deux puissances parallèles fonctionnèrent au sein
» de l'empire romain, qui présenta, sous le rapport de la légis-
» lation du mariage, un aspect comparable à celui qu'offrent,
» en ce moment, la plupart des États.

» Je n'insiste pas d'ailleurs, sur les divergences entre le droit
» canonique et le droit civil romain : je les signale (1) ».

Impossible de mieux délimiter, en moins de mots, avec plus d'exactitude historique et de vérité juridique l'état de la question. Aussi pourrions-nous nous contenter de cette citation, dont l'importance s'accroît singulièrement de l'autorité de son savant auteur, si nous ne jugions utile à notre thèse d'en faire ressortir les points principaux.

Tout d'abord, qui songerait à nier le bien fondé de cette affirmation ; entre chrétiens surtout et même pour tout homme, le mariage est, par excellence, matière de conscience ! Nous ne sommes pas ici, nous l'avons déjà dit, en présence d'un contrat ordinaire, que la loi civile puisse régler à sa guise, sous prétexte d'assurer une sorte d'harmonie et d'uniformité sociales. Le mariage touche à ce que l'âme humaine renferme de plus inviolable et ce doit être le souci de toute législation, digne de ce nom, d'en respecter la liberté de la façon la plus scrupuleuse, et à l'égal d'un sentiment religieux. Or, c'est précisément à cause de ce caractère religieux, disons éminemment élevé et moral, pour rallier toutes les opinions, qu'offre le mariage, que, dès l'origine du christianisme, il est tombé dans le domaine de l'Église.

(1) Paul Viollet : *Précis de l'histoire du Droit français*, p. 334.

Le christianisme a, dès les premiers temps, légiféré sur le mariage. L'Évangile, les Épitres, les Actes des apôtres sont remplis de prescriptions relatives au mariage. Jamais, et ceci est à noter, dans ces premiers monuments de loi religieuse, il n'est fait allusion, encore moins appel, aux dispositions civiles du mariage modèle, des justes noces des Romains. Qu'importe en effet au christianisme ce qu'une cité, si puissante qu'elle soit, a cru devoir exiger de ses sujets, en matière de mariage, pour leur assurer la jouissance de tels ou tels avantages particuliers ? Qu'importe à l'Église qui est pour tous, l'ensemble des prérogatives de la *patria potestas* qui n'est que pour quelques-uns ? Les lois de la conscience qu'elle interprète, et dont elle protège l'application avec un soin jaloux, ne sauraient être justement atteintes par celles d'un empire, si étendu qu'il soit ; et ce serait ici le lieu de reproduire cette magnifique définition, cette éloquente description que nous a laissée Cicéron de la loi naturelle, de cette loi qui est partout la même, à Rome et à Athènes, qui n'est pas écrite dans des livres, mais qui est gravée dans le cœur de chacun de nous, que nous n'apprenons pas du dehors, mais que la nature elle-même nous révèle. Or, c'est cette loi, qui domine toutes les législations humaines comme l'idéal auquel elles doivent tendre, dont le christianisme s'est constitué le défenseur et le propagateur, principalement pour le mariage, qui est au premier chef matière de conscience.

Nous avons eu déjà l'occasion de parler de l'influence décisive qu'exercera le christianisme sur le mariage romain. On sait ce qu'était devenu le mariage au moment où l'Église s'apprêtait à recueillir, aux yeux d'un monde nouveau qui acceptait, sollicitait même son action civilisatrice, l'héritage d'une législation imparfaite en droit et impuissante en fait.

« Lorsque le christianisme arriva, le mariage était le moins
» solennel des contrats ; il était parfait par le consentement, et
» nulle cérémonie religieuse ou civile n'était nécessaire pour
» en assurer la validité. La communauté apparente d'habita-

» tion et la possession d'état étaient une preuve suffisante de
» son existence. Lorsque les époux ne pouvaient plus suppor-
» ter le poids de leur chaîne, la faculté du divorce était ou-
» verte. Où sont ces mariages heureux, disait Tertullien, que
» la pureté des mœurs rendait si parfaits, qu'il s'est passé plus
» de 500 ans sans qu'il soit arrivé de divorce dans aucune fa-
» mille. *Aujourd'hui, en s'épousant on fait vœu de se répudier,*
» *et le divorce est comme un fruit du mariage* » (1).

Malgré une pénétration salutaire des idées chrétiennes dans les institutions civiles de Rome, et surtout dans l'institution du mariage, il était vrai de dire que « deux puissances parallèles » fonctionnent au sein de l'empire romain » ; et ce dualisme, qui subsista plus ou moins, tant que Rome et Constantinople restèrent à la tête du monde, explique comment la loi civile officielle, bien que chrétienne dans son ensemble et par son inspiration, conserva des pratiques absolument incompatibles avec la pureté et la sainte liberté de la morale évangélique. Le divorce par exemple, que sanctionnait la loi civile, était certainement en contradiction avec la loi ecclésiastique du mariage. Pourquoi ne dirions-nous pas, sans prétendre que l'opposition fût aussi vive, que l'exigence du consentement des parents pour la validité du mariage des enfants mineurs, consacrée par la loi civile, ne cadrait pas avec cette plus grande latitude que le christianisme voulait assurer non pas seulement aux *justæ nuptiæ* romaines, mais à ce mariage du droit des gens, à ce mariage pour tous, qui est essentiellement matière de conscience ? Et si on nous accorde qu'une législation, pour parfaite qu'elle soit, perd de son prestige, de son autorité, quand s'écroule l'empire qui l'a élaborée, et quand apparaissent, dans l'éclat du triomphe, ces peuples jeunes que cet empire avait longtemps contenus, on comprendra qu'à une civilisation nouvelle, devait logiquement correspondre une législation nouvelle.

(1) Troplong, *De l'Influence du christianisme*, p. 169 et s.

Telles sont les raisons religieuses et historiques qui expliquent comment il a pu se faire que, successivement, sans secousse violente, mais avec une sûreté que favorisaient les circonstances et la marche des idées, la loi canonique ait été, en définitive, au début du moyen âge, l'unique loi du mariage français.

Au commencement du cinquième siècle, lorsque les Germains et les Francs, sous la conduite de leurs premiers chefs, et surtout à partir de Clovis, vinrent fonder, au delà du Rhin, un établissement définitif, le Droit romain était depuis longtemps la législation nationale des Gaulois. Quelques coutumes celtiques subsistaient encore, il est vrai, mais leur importance juridique était tout à fait secondaire, car elles ne pouvaient être invoquées que comme supplément à la loi romaine, et lorsque celle-ci était muette. Après le triomphe des Barbares, les institutions romaines ne paraissent pas avoir disparu immédiatement. Les Gallo-Romains continuèrent longtemps encore à être gouvernés par leurs anciennes lois.

Mais à côté de la législation romaine, préexistaient les différentes lois barbares : la loi des Francs-Saliens, des Francs-Ripuaires, des Allamands, des Burgondes, etc. et les vainqueurs étaient exclusivement régis par elles. Nous n'avons pas à rechercher, en détail, les prescriptions qu'édictaient ces législations sur le mariage. Le point le plus important à noter, c'est que, comme les Germains dont ils composaient une des peuplades, les Francs étaient monogames. Si nous relevons cette circonstance, c'est pour élucider une question, qui n'est pas étrangère à notre thèse, puisqu'elle touche à la nature du concubinat romain que nous avons étudiée, et pour dissiper une erreur que nous jugeons regrettable.

Après avoir constaté, ce qui est à l'honneur des Francs et ce qui est conforme à la vérité historique, la monogamie germaine, les auteurs sont à peu près d'accord pour défendre le système suivant :

« Sans doute, les Francs étaient monogames : mais les chefs et les principaux personnages de la tribu avaient des concubines. Tacite le dit expressément des Germains, en ajoutant que c'était plutôt par ostentation que par libertinage. *Non libidine sed ob nobilitatem* (*De moribus germanorum*, nº 18). L'influence de la législation romaine rendit pendant quelque temps le concubinat plus général. Mais le christianisme auquel ils ne tardèrent pas à se convertir, vint heureusement réagir contre cette funeste tendance. Il le combattit de toutes ses forces : les prêtres, les évêques, et les conciles eux-mêmes conseillaient tous aux fidèles de s'en abstenir et de prendre exclusivement une épouse légitime. Malheureusement la plaie était trop profonde, l'habitude trop invétérée, l'Église dut transiger : elle blâma le concubinat, mais elle ne le prohiba point d'une façon absolue. Sans pactiser avec lui, elle toléra en gémissant le mal qu'elle ne pouvait pas empêcher, remettant, comme elle le fait souvent, à des temps meilleurs, son extirpation définitive ».

Prise à la lettre, cette explication signifierait que l'Église chrétienne tolérait, acceptait même, bien qu'à regret, le concubinat ou plutôt le concubinage des Mérovingiens. Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion, et voici pourquoi. C'est en vain qu'on a recours, avec les auteurs dont nous avons résumé les observations, aux corrections, aux atténuations les plus respectueuses pour la morale évangélique, la question ne s'en présente pas moins, en définitive, sous cette alternative très simple mais implacable. Ou bien le christianisme, dont la discipline, sur ces points fondamentaux de l'indissolubilité et de l'unité du mariage, découle d'une manière inévitable des textes les plus précis de l'Évangile et de l'enseignement traditionnel, tout en maintenant la rigueur de ses préceptes une fois rappelés, se contentait de constater, sans renouveler d'inutiles anathèmes, ce dérèglement des mœurs qui l'attristait. Ou bien, ainsi que le veut la thèse que nous combattons, l'Église chrétienne, impuissante à triompher des passions des grands,

aurait, en quelque sorte, fait fléchir son antique sévérité, et consacré, pour un temps, une législation passagère qui aurait permis au chrétien de divorcer légitimement, et de prendre à volonté une ou simultanément plusieurs concubines. Au premier cas, il est absolument inexact de dire que l'Église dut transiger, que, tout en blâmant le concubinat, elle ne le prohibe pas d'une façon absolue. Prenons un exemple dans ce qui se passe sous nos yeux. La loi civile vient de rétablir le divorce : qui pourrait croire que le silence de l'Église chrétienne équivaudrait à une transaction, à une acceptation momentanée ? Les croyants savent parfaitement que jamais l'Église catholique ne consentirait à marier religieusement le chrétien, la chrétienne qui auraient légalement divorcé. Donc, la tolérance de l'Église ne peut pas être considérée comme un acquiescement, encore moins comme une transaction, qui entraîne l'idée de sacrifice, d'abandon de prétentions antérieures. A cette époque reculée, époque de lente formation pour le monde barbare, de luttes généreuses et incessantes de la part de l'Église, une concession même d'un jour aux appétits grossiers aurait tout compromis. Nous savons que le Droit romain, même christianisé par Justinien, admettait et réglait le divorce ; cependant nous ne croyons pas qu'on puisse soutenir que l'Église chrétienne ait jamais varié sur ce point de l'indissolubilité du mariage. Serait-il logique de conclure, non pas même de textes législatifs d'origine chrétienne (n'oublions pas que nous parlons des Mérovingiens convertis), textes qu'on ne songe pas à produire, mais d'une simple pratique, venue d'ancêtres païens, et gardée comme favorisant les passions, à un assentiment, (car encore une fois transiger c'est consentir), donné par une religion dont toute la législation, toute l'histoire est une continuelle et courageuse protestation contre le divorce et la polygamie !

En quoi nous sont opposables ce que, dans ses *Récits Mérovingiens*, Augustin Thierry appelle les mariages de Clotaire Ier ou

les désordres de Caribert ? Ce qu'il faudrait prouver, c'est que l'Église couvrait de l'autorité de ses cérémonies, de ses solennités, de l'honneur d'une bénédiction nuptiale, ces mariages, ces alliances qui n'avaient de l'union matrimoniale que le nom. On ne l'a pas fait, et, à notre avis, on ne pouvait pas le faire. Il n'y a pas en effet de milieu : ou cette Aregonde, par exemple, qu'Augustin Thierry nous raconte avoir été installée par Clotaire I[er] dans la chambre royale, du vivant même de sa femme légitime, Ingonde, sœur d'Aregonde, à titre d'épouse, était véritablement son épouse, ou une créature que la brutalité du monarque avait asservie. Si c'était une épouse, il est impossible que les choses se soient passées avec la simplicité cynique que nous révèle le célèbre historien.

A qui ferait-on croire que cette seconde union aura été, aux yeux de l'Église, un véritable mariage ? C'est en vain que l'historien se sert du titre d'*épouse*. Si Ingonde était la femme légitime de Clotaire I[er], cette Aregonde n'était que sa concubine, dans le sens moderne du mot. Il est possible, il est même très probable, que le farouche Clotaire, dont nous connaissons les odieux procédés de famille, se soit peu soucié des observations courageuses ou des protestations muettes des évêques et des prêtres, dont l'influence était prépondérante à cette époque ; mais nous ne pouvons admettre que l'Église ait laissé supposer par son silence, qu'elle tolérait, qu'elle ne prohibait pas d'une façon absolue cette espèce de concubinage.

Nous disons concubinage : car la question est tout autre, s'il s'agit du concubinat, distinction qu'à notre avis n'ont pas assez conservée les auteurs que nous avons en vue. Veut-on parler de ce luxe de femmes dont, plutôt par ostentation que par libertinage, selon Tacite, les nobles Germains avaient coutume de s'entourer, c'est le concubinage immoral, ou tout au moins une polygamie de fait, bien qu'on présente les Germains comme monogames ? Clotaire, de race germaine, a pu garder cette pratique païenne, malgré les prescriptions du christianisme de-

venu du fait de son père Clovis et surtout de sa mère Clotilde la religion de sa famille. Veut-on soutenir, comme nous l'avons insinué, que le concubinat romain était en honneur chez les Germains, gagnés à la civilisation et aux usages de Rome? Nous nous rangeons volontiers à cette explication ; mais alors, nous rappelons qu'à Rome, le concubinat était un véritable mariage, d'un degré inférieur, et que, tout autant que les *justæ nuptiæ,* il était dominé par le principe de la monogamie. Invoquant uniquement la loi civile romaine, il est impossible que les Mérovingiens aient pu légalement, par les facilités du concubinat, avoir plusieurs femmes légitimes, de condition égale ou inégale. Si l'on s'en tient à la loi religieuse, la chose était encore plus impraticable, puisque c'eût été reconnaître, ou le divorce que le christianisme n'a jamais autorisé, ou la polygamie qu'il a toujours et énergiquement condamnée. Avons-nous besoin de redire que, pour l'Église, le concubinat romain, dans son essence, est un véritable mariage ; qu'en le tolérant, en l'approuvant même à certains points de vue, l'Église ne porte aucune atteinte à l'indissolubilité et à la monogamie chrétienne. Sans doute, le concubinat blesse l'égalité si désirable entre époux, et que personne plus que le christianisme n'a travaillé à faire triompher ; mais, comme cette égalité n'est pas de l'essence du mariage, on ne saurait accuser l'Église d'avoir, par une véritable tolérance cette fois, compromis la dignité de l'union matrimoniale, puisque, prenant au Droit romain la monogamie dans le concubinat, elle rendait acceptable pour elle cette institution transitoire du concubinat, en lui imposant l'obligation de l'indissolubilité. Le monde romain, pourtant si avancé dans la civilisation, ne paraît pas avoir compris que la femme légitime devait toujours être mise sur le pied d'égalité avec son mari. Qu'y a-t-il d'étonnant que des Barbares, au début de leur formation, de leur organisation, des Germains surtout si durs pour la femme en général, aient, en quelque sorte, contraint l'Église de ne les faire arriver que graduellement à cette

parfaite égalité entre époux, si conforme à ses propres principes ? Ne soyons pas trop sévères pour les Mérovingiens du V[e] siècle, car nous retrouverions encore, en plein XVII[e] siècle, sous le nom de mariage morganatique, l'exemple d'un véritable et légitime concubinat au foyer de Louis XIV. Celle qui occupait la place de « l'altière Vasthi » était, chacun le sait, une épouse légitime, c'est-à-dire unique et indissolublement unie, bien que d'un rang inférieur. Pour arriver à ce demi-résultat, qui régularisait honorablement la vie du foyer s'il ne rehaussait pas royalement l'éclat du trône, pour passer en un mot, du concubinage honteux au concubinat légal, Louis XIV avait dû recevoir, sous la forme d'apostrophes souvent très véhémentes, des rappels à la pratique de la morale chrétienne, que lui adressait cette même Église qui, depuis 13 siècles, avait courageusement répété à Clotaire probablement et à tant d'autres adultères de marque, ses inexorables condamnations.

Nous comprendrons mieux maintenant le véritable sens du canon 15[eme] du concile de Tolède, tenu en l'an 400 de l'ère chrétienne, et dont on abuse quelquefois. Voici le texte de ce canon : « *Si quelqu'un, avec une épouse fidèle, a une concubine,* » *il est excommunié* ; *mais si la concubine lui tient lieu d'épouse,* » *en sorte qu'il se contente de la compagnie d'une seule femme, à* » *titre d'épouse ou de concubine, à son choix, il ne sera point re-* » *jeté de la communion* ».

Nous connaissons les principes sur lesquels repose cette théorie du concubinat. Selon les lois romaines, toute femme ne pouvait être l'épouse légitime de tout homme : il fallait que l'un et l'autre fussent citoyens romains, et qu'il y eût proportion entre les conditions. Un sénateur ne pouvait épouser une affranchie : un homme libre ne pouvait épouser une esclave, et les conjonctions des esclaves entre eux n'étaient point nommées mariages. Or la femme qui ne pouvait être tenue à titre d'épouse pouvait être concubine ou femme du second rang, et les lois le souffraient, pourvu qu'un homme n'en eût qu'une et ne

fût point marié. On entendait ainsi par concubinat tout mariage disproportionné (1). L'Église chrétienne n'entrait point, et elle n'y est jamais entrée, dans ces distinctions politiques ; et, s'en tenant au droit naturel, approuvait toute union d'un homme et d'une femme, pourvu qu'elle fût unique et perpétuelle. On voit par là que dans la deuxième partie de ce canon, il faut entendre par *concubina,* une femme de condition disproportionnée, mais une femme légitime, aux yeux de l'Église. Au contraire, dans la première partie du canon, le mot *concubina* doit avoir nécessairement un autre sens, à moins qu'on n'accuse gratuitement les évêques de s'être grossièrement contredits dans la même disposition conciliaire : ici concubine signifie femme de vie irrégulière, car le contexte prouve alors qu'il n'y avait pas eu de mariage, puisque l'on parle d'une épouse légitime.

Telle était la discipline de l'Église chrétienne au début du V[e] siècle, un siècle environ avant Clovis. Ce canon démontre enfin, ce que nous avions surtout en vue, et ce par quoi nous rentrons pleinement dans notre sujet, que, dès les premiers siècles, l'Église chrétienne a légiféré en matière de mariage ; et que sa législation a pris peu à peu le dessus, et sur les coutumes locales de tendances païennes, et même sur le Droit romain que, comme un nouveau preteur dont la magistrature devait être perpétuelle, le christianisme allait fortifier dans ce qu'il avait de bon, compléter dans ce qu'il avait d'insuffisant, corriger dans ce qu'il avait de contraire au droit (*adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*).

Cependant, pour nous borner spécialement à ce qui regarde la France, la puissance de la royauté mérovingienne d'abord, et plus tard des carlovingiens, avait considérablement grandi ; un pouvoir central, assez fort pour que ses décisions devinssent les lois générales de l'empire franc, s'était constitué ; c'est alors

(1) Walter : *Histoire du Droit romain,* §§ 540, 554.

qu'apparurent les *Capitulaires*. A côté et au-dessous se plaçaient les lois barbares de chaque peuple, dernier vestige d'un système qui tendait à disparaître, celui de la personnalité de la loi ; et dans le Nord surtout, de nombreuses coutumes locales, qui préparaient la théorie féodale de la territorialité de la loi.

Mais les *Capitulaires*, c'est-à-dire la loi codifiée et précise, les coutumes locales, c'est-à-dire la loi en quelque sorte diffuse, si grande que fût leur autorité, étaient dominées, en matière de mariage, par le droit canon. Ce droit n'était, du reste, lui-même dans son ensemble, qu'un résumé, qu'un reflet du Droit romain, complété et profondément modifié, selon les exigences de la morale chrétienne, par les décrétales des Papes, les décisions des conciles et les règles de la tradition apostolique.

Charlemagne qui, à l'exemple de Justinien, faisait passer dans ses lois les prescriptions du droit canonique, comme nous le verrons pour la *Décrétale* d'Évariste qu'il inséra textuellement dans un Capitulaire, montrait ainsi où, d'après lui, se trouvait la véritable règle du mariage. Cette déférence qu'il avait eue pour la discipline chrétienne, dans la plénitude d'une puissance royale incontestée, s'accentua encore davantage sous ses successeurs, lorsque, à la fin du neuvième siècle, la société sembla prête à périr, au milieu du désordre et de la barbarie qui avaient tout envahi. Rappelons cette terrible échéance de l'an mille qui glaça d'une superstitieuse épouvante le monde entier destiné, croyait-on, à une ruine prochaine. Si on ajoute à ces considérations le chaos, l'absolutisme, les violences des débuts de l'ère féodale, on comprendra mieux encore l'instinct universel qui portait vers l'Église chrétienne tous les éléments divers et agités d'une société, d'une civilisation qui s'organisait. A cette époque, qu'il faut juger sans prévention, en tenant compte du milieu historique et où, presque sur toute chose, la force primait le droit, c'était une nécessité, disons mieux, une disposition providentielle, que le droit de la conscience dans cette matière si déli-

cate du mariage fût énergiquement défendu et législativement réglé, contre les abus de la force, par une religion dont tous admettaient la divine autorité.

Si nous ne craignions de trop nous écarter de notre sujet, nous énumérerions les circonstances fameuses où l'Église fit preuve d'une inflexibilité que rien ne put abattre, en présence des adultères ou des concubinages retentissants de plusieurs de nos rois. C'est Robert le Pieux, c'est Philippe I[er], et tant d'autres, dans le cours des siècles, qui se chargent de faire la démonstration de ce principe : que l'Église, et l'Église seule, légifère sur le mariage (1).

(1) Macaulay dont le témoignage ne saurait être suspect reconnaît lui-même cette prépondérance de l'Église.

CHAPITRE III

JURIDICTION EN MATIÈRE DE MARIAGE.

SOMMAIRE. — Le pouvoir de juridiction est intimement lié au pouvoir de législation. — Les deux juridictions ecclésiastique et civile se séparent puis se combattent. — La doctrine de Pothier et des civilistes sur la distinction du contrat civil et du sacrement de mariage et l'enseignement traditionnel de l'Église. — Ce n'est pas le mariage *civil*, mais le mariage du droit des gens, du droit naturel, qui a été le mariage de l'ancien Droit.

La législation ne va pas sans la juridiction. Cette formule ne saurait nous faire accuser d'enseigner la confusion des pouvoirs. Ce que nous voulons seulement dire, c'est que, dans la notion du pouvoir qui est un, doivent se rencontrer tout à la fois, pour se compléter, la puissance législative et la puissance de juridiction. Assurément ce ne seront pas les mêmes qui feront la loi, et qui la feront appliquer sous la double forme de l'exécution et de la décision judiciaire ; mais ce sera le même pouvoir, la même autorité, unique dans son principe, bien que multiple dans ses fonctions et surtout dans ses organes, qui, après avoir créé la loi, en maintiendra le respect par voie administrative ou par sentence des tribunaux. Or l'Église avait le pouvoir législatif en matière de mariage, donc elle devait avoir le pouvoir de juridiction sur les cas litigieux. Voilà ce qu'exigeait la logique, et ce qui fut, en fait, pendant une longue période, la pratique de notre ancien Droit ; aussi l'histoire du pouvoir de juridiction est-elle calquée sur celle du pouvoir législatif de l'Église en matière de mariage.

Toutefois, et c'était son droit, l'État dès le XVI[e] siècle environ s'empara des questions pécuniaires relatives au mariage,

les disjoignit du procès et s'en réserva le jugement. Ce fut un premier pas qui devait être suivi de tentatives moins excusables. Un siècle plus tard le juge civil connaît seul de la séparation d'habitation entre les mariés « sous prétexte, dit Fleury dans ses *Nouveaux opuscules*, que cette séparation entraîne toujours celle des biens », et le pouvoir civil s'avance bientôt plus loin par des moyens détournés. Il arrive enfin à la scission du mariage en deux parties, le contrat civil d'un côté réglementé uniquement par la puissance séculière, le sacrement de l'autre abandonné à la législation ecclésiastique.

Cette scission a été, dans notre ancien Droit, une invention ingénieuse des légistes, des gallicans, prêtres ou laïques, pour favoriser les empiétements successifs de l'État et des Parlements. — Nous nous sommes déjà défendu de l'idée de vouloir aire exclusivement une thèse de droit canonique ; nous n'avons pas plus la prétention de développer ici une thèse purement théologique. Cependant, il nous est impossible de ne pas rappeler quelques principes, qui, pour les croyants, se présentent avec toute la force d'un enseignement religieux, et qui, pour tout homme soucieux de la vérité historique, expriment exactement un état juridique des temps passés.

Le mariage est un sacrement ; telle est l'affirmation, éternellent vraie pour le fidèle, quoi que décrète l'État, et qui fut, au fond, la loi officielle de la France jusqu'à la Révolution. Si le mariage est un sacrement, il semble que, logiquement, tout ce qui le constitue, matière et forme, doive relever de la puissance qui a autorité sur les choses sacrées, c'est-à-dire de l'Église. Nous entendons bien que les adversaires nous opposent la distinction du contrat civil et du sacrement, revendiquant pour l'État tout pouvoir sur le premier, et nous abandonnant, ce qui à nos yeux est absolument vain, la réglementation du second élément du mariage. Est-il possible de faire de la sorte le départ des deux juridictions ? Le bon sens, nous ne disons plus la foi à laquelle nous ne faisons aucun appel, permet-il de

croire que le mariage, si multiples, si tranchées que soient les distinctions entre les parties essentielles qui le composent, puisse être *également*, quant à sa validité, sous l'empire de deux lois souveraines, indépendantes, et dont les tendances ne sont que trop souvent contraires? Nous ne le pensons pas.

Ecoutons le défenseur le plus éloquent et le plus redoutable pour nous de la thèse que nous combattons. Voici comment s'exprime Pothier :

« Leurs arguments (ceux que nous essayons de faire préva-
» loir) sont des plus frivoles. Ils disent : le mariage est un sa-
» crement, et par conséquent quelque chose de spirituel. Or,
» la puissance séculière ne s'étend pas aux choses spirituelles ;
» elle ne doit donc pas s'étendre aux mariages. C'est donc une
» entreprise de la puissance séculière sur la puissance spiri-
» tuelle, lorsque des princes font des lois sur les mariages ».

On ne peut nier que Pothier ne pose admirablement l'objection ; c'est bien là l'argument capital de notre thèse, argument qu'il qualifie de frivole, avec une légèreté et une mauvaise humeur qui justifieraient les représailles. Remarquons, pour ne laisser aucune obscurité dans cette discussion, que le raisonnement de Pothier qui ne paraît s'appliquer qu'aux lois que font les princes sur le mariage, serait absolument le même pour établir, en faveur de ces princes, le pouvoir de juridiction.

« La réponse à cet argument est facile. Il y a deux choses
» dans le mariage : le contrat civil entre l'homme et la femme
» qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat
» civil, et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière ».

Non, à notre avis, et c'est le sentiment traditionnel de l'Église qui doit bien avoir le droit, aux yeux d'un croyant comme Pothier, d'exprimer et de soutenir une opinion sur la nature d'un sacrement ; non, dans le mariage, il n'y a pas deux choses distinctes, en tant surtout qu'elles créeraient deux juridictions différentes. Pour nous, et c'est la doctrine la plus reçue parmi les théologiens, le contrat civil et le sacrement sont non seule-

ment inséparables, mais une seule et même chose : ce sont deux aspects divers d'une même entité. Pour le catholique, il n'y a pas *d'abord* un contrat civil, élaboré, en quelque sorte, en dehors de l'Église, sans aucune espèce de contrôle de sa part, et servant de *sujet*, de *matière*, ce sont les expressions de Pothier, au sacrement qui y est ajouté. Il y a *le* sacrement de mariage, qui est *le* contrat de mariage, c'est-à-dire l'échange légitime du consentement réciproque en vue du mariage, élevé à la dignité de sacrement. Comment le mot même dont se sert Pothier n'a-t-il pas fait hésiter ce grand jurisconsulte, avant de nous accuser de produire des arguments des plus *frivoles* ? D'après Pothier, le contrat civil est la *matière* du sacrement de mariage : mais qu'est-ce donc que la matière d'un sacrement, sinon un élément essentiel de ce sacrement lui-même ? Pothier n'est-il pas frivole, n'oublie-t-il pas les principes théologiques qu'il aurait dû connaître, lorsqu'il enseigne que l'État peut avoir autorité sur la matière d'un sacrement ! De deux choses l'une : ou le contrat civil est la matière du sacrement de mariage, et logiquement ce serait à l'Église, dans un état officiellement chrétien, à déterminer toutes ses conditions : ou le contrat civil n'est pas, quoi qu'en dise Pothier, la matière du sacrement de mariage, et nous demandons alors à quel titre il entre, comme un élément essentiel, dans la composition du sacrement. Est-ce à dire que ce que Pothier appelle le contrat civil du mariage doit être entièrement mis de côté ou soustrait à la juridiction de l'État ? Nullement. En restant toujours dans l'hypothèse de l'ancien Droit, hypothèse qui dure encore pour les catholiques, il faut nettement distinguer le mariage de ses effets civils. Ce que Pothier plaçait avant le mariage, comme un élément préexistant et nécessaire à sa formation, nous croyons que, pour être logique, il faut le placer après le mariage, comme un élément subséquent, comme une conséquence de sa formation antérieure. Entre chrétiens, le mariage, quant à sa validité, quant à ce que nous appellerions sa valeur de conscience, est une

matière exclusivement religieuse ; assurément on peut combattre en théorie cette affirmation, mais il est impossible d'en contester la vérité, si on tient compte de la loi chrétienne qui était la loi de notre ancien Droit. Mais l'union matrimoniale une fois constituée de par l'autorité de l'Église, seule maîtresse des conditions et du mode d'administration de ses sacrements, il reste à régler une quantité de questions civilement contractuelles — nous ne jouons pas sur les mots — qui touchent à l'intérêt des époux, à l'intérêt de leurs familles, à la nature et à la réglementation des biens engagés dans la société conjugale. Tout cela sera le lot, le partage de l'autorité civile ; parce que l'État, en acceptant la tutelle de l'Église, en faisant du mariage une matière sainte et religieuse, s'est en quelque sorte dépouillé, au profit de cette Église, du droit de juger de la validité du lien matrimonial. Ce n'est pas l'État qui marie dans l'ancien Droit ; donc ce n'est pas à l'État à édicter les lois du mariage et à en contrôler l'exécution.

Pourquoi ne le dirions-nous pas ? Cette situation ambiguë était indigne d'hommes sincères et droits. Il n'y a, selon nous, que deux solutions, également logiques bien qu'inégalement enviables, pour sortir de ce dédale. Reconnait-on que le mariage est un sacrement, un acte religieux, il faut laisser à l'Église le soin de traiter la question de fond et de validité ; la logique et la concorde à maintenir entre deux puissances qui peuvent se croire rivales l'exigent impérieusement. Telle a été la condition de notre ancien Droit, jusqu'au milieu du XVII[e] siècle : c'est à partir de cette époque surtout que l'équivoque, l'emploi de moyens détournés ont amené une lutte qui devait aboutir fatalement à une rupture complète. Veut-on que le mariage ne soit qu'un contrat civil ordinaire, en ce sens qu'il doive être indépendant de toute autorité, de toute forme religieuse ; c'est la solution radicale, que le croyant peut rejeter au nom de sa foi, mais qu'il est tenté d'accepter au nom d'une certaine logique, et principalement au souvenir des complica-

tions de notre ancien Droit. Hâtons-nous d'ajouter, pour dissiper l'erreur d'une conclusion précipitée, que, d'après nous, cette seconde solution que nous nommons radicale et en partie logique, n'est pas tout à fait celle de notre droit actuel ; puisque la loi française, qui ignore le mariage religieux pour l'approuver et en tenir compte, le connaît parfaitement pour en punir durement la célébration dans un certain cas.

Mais revenons à Pothier dont le texte nous fournira l'occasion de nouvelles observations :

« Je conviens que le mariage, en tant qu'il est sacrement, » est quelque chose de spirituel, et n'est point du ressort de la » puissance séculière ; c'est pourquoi les princes ne peuvent » pas faire des lois sur le mariage, en tant qu'il est sacrement. » Ce serait, par exemple, de la part des princes, entreprendre » sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils voulaient déci» der, par leurs lois, quel est le ministre du sacrement de ma» riage, quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour » recevoir la grâce attachée à ce sacrement, et en général s'ils » voulaient régler ou décider par leurs lois quelque chose qui » concernât le mariage comme sacrement. »

Mais, et ce sera notre éternelle question à laquelle nous cherchons vainement une réponse dans Pothier et ailleurs, oui ou non, la matière d'un sacrement fait-elle partie de ce sacrement ? Et si elle en fait partie, qui doit en déterminer la nature et l'extension ? Pourquoi donc Pothier s'arrête-t-il dans son énumération des points que l'Église a le droit de régler, d'après lui ? Nous lui demandons, en vertu de quel principe il attribue à l'Église la faculté de décider, par ses lois, *quel est le ministre du sacrement de mariage*, *quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour recevoir la grâce attachée à ce sacrement*, et lui refuse le droit de déterminer les autres conditions d'habileté, d'aptitude qu'elle exige des futurs contractants ? Qui peut penser, croyant ou incroyant, que l'Église, si absolue dans la défense de ses prérogatives spirituelles, surtout lorsqu'il s'agit

d'une question de sacrement comme le mariage, consentirait jamais à se voir imposer par une autorité civile, quelle qu'elle soit, la *matière* d'un de ses sacrements (nous revenons toujours sur ce mot, bien imprudemment employé par nos adversaires) ; en sorte que le rôle de l'Église, qu'on nous pardonne cette expression énergique mais vraie, consisterait uniquement à opérer religieusement sur des éléments de provenance étrangère, sur un contrat civil, qui se serait formé sans elle, et même à des conditions dont elle réprouve absolument l'exigence, la nécessité pour la validité de son sacrement ? — Le sujet que nous traitons spécialement dans cette thèse nous fournit un exemple topique de l'incohérence de cette théorie. Dans notre ancien Droit, entre catholiques, il n'y a pas de véritable mariage sans sacrement ; c'est un principe officiellement consacré par la loi civile. Or l'Église ne requiert pas à peine de nullité le consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs ; par conséquent, elle confèrerait validement le sacrement de mariage à des mineurs. Qu'adviendrait-il avec la théorie de Pothier ? L'Église est maîtresse absolue de son sacrement ; déclaration trompeuse, car, pour un sacrement, il faut une matière et la matière du sacrement de mariage est le contrat civil, dont l'État est, de son côté, le maître absolu. Si les conditions essentielles du contrat civil sont les mêmes que celles du sacrement, la crise paraît évitée ; et l'Église, dont on respecte en fait la législation n'a pas à se plaindre. Mais la puissance civile oppose à l'existence de ce contrat civil, matière du sacrement de mariage, la nécessité du consentement des parents, quand les enfants seront mineurs, ou au moins par des moyens détournés, par l'emploi abusif d'un empêchement canonique, le rapt, elle tend à arriver à ce résultat. Quelle est alors, en bonne logique, la situation de l'Église ? Peut-on dire qu'elle soit véritablement maîtresse de son sacrement ? Si elle marie des mineurs sans le consentement des parents, pour elle le mariage est indubitablement valide, pourvu que la liberté du consente-

ment des époux ait été d'ailleurs respectée. Que fait l'État ? S'érigeant en juge d'une question qui ne le regarde pas, il déclare qu'il n'y a pas de sacrement, pas de mariage, parce que le sacrement manquait d'une matière suffisante. « Soit, pourrait » répondre l'Église, il y a litige ; examinons si vraiment le » sacrement est privé de cet élément indispensable » — « Inu» tile, reprend l'État, c'est à moi à fixer la matière du sacre» ment de mariage ; et conséquemment, c'est encore à moi à » décider si, dans chaque espèce, la matière est suffisante ; et » cela, en ma qualité d'arbitre du contrat civil. » Nous le demandons à tout homme de bonne foi, la doctrine de Pothier, des civilistes, des gallicans, est-elle admissible en saine logique ? Posons la question d'une façon plus générale ; est-il possible, de quelque matière qu'il s'agisse, religieuse ou civile, que deux puissances, également souveraines, aient la prétention de rendre des sentences définitives, de légiférer ensemble, de concert, sur le même point de droit, sur la même question de validité ou de nullité, avec la naïve illusion que d'insolubles conflits ne naîtront pas de ce dualisme dangereux ? En établissant cette égalité entre les deux puissances, nous commettons sciemment, une erreur historique ; nous émettons une proposition contraire à la réalité de l'ancien Droit, qui reconnaissait, en théorie, la supériorité de l'Église pour tout ce qui concernait l'essence, le fond du mariage. Mais, cette déférence officielle, cette situation inférieure qu'avait librement acceptée l'État en adoptant la direction de l'Église relativement au mariage, disparurent bientôt, lorsque, peut-être sans franchise dans les intentions, certainement sans netteté dans les procédés, des jurisconsultes, plus courtisans du pouvoir que chrétiens, plus légistes que théologiens, imaginèrent, pour les besoins d'une cause mauvaise à nos yeux, cette séparation du mariage et du contrat civil, et surtout cette attribution à la juridiction séculière du droit de déterminer seule les conditions du contrat civil, matière du sacrement de mariage.

Dans la suite du texte, Pothier, sous une forme un peu différente, insiste sur les mêmes principes que nous essayons de réfuter. Ce qui précède pourra tenir lieu de réponse.

Il serait également intéressant de se reporter à une autre citation.

M. Duverger, au cours d'une intéressante et courtoise discussion qu'il soutint contre M. Batbie, apporte un document qui exprime, avec l'autorité d'un texte quasi-officiel, la thèse des civilistes sur le point qui nous occupe, de la juridiction ecclésiastique en matière de mariage. En 1712, le parlement de Besançon ne sachant comment résoudre les difficultés qui se sont élevées relativement au mariage, entre les officialités et les juges royaux, le premier président en réfère au chancelier de Pontchartrain, qui lui répond par un exposé de principes où nous lisons ce qui suit :

« La distinction expliquée dans votre mémoire entre le pou- » voir de prononcer *sur le lien du mariage*, que vous prétendez » être réservé au juge d'Église, et le droit de connaître des » effets civils, auquel le Parlement semble se réduire, ne doit » pas être admise dans un Tribunal instruit des véritables opi- » nions par lesquelles les limites des deux puissances doivent » être fixées. Comme le mariage est en même temps *un contrat* » *civil et un sacrement*, il est également soumis aux deux puis- » sances, *même par rapport à la validité du lien*. Le contrat » dépend absolument de la puissance séculière, le sacrement » dépend uniquement de la puissance ecclésiastique. Et comme » il n'y a pas de mariage valable parmi nous s'il n'est pas » élevé à la dignité de sacrement, et que réciproquement il » n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de con- » sentement légitime, il est évident que l'Église et l'État exer- » cent également leur autorité sur le mariage considéré en » même temps comme contrat et comme sacrement (1) ». Ce

(1) *Etudes de Législation*, p. 37.

texte est instructif. A prendre au pied de la lettre la doctrine de Pontchartrain, il y aura nécessairement conflit entre les deux puissances, et, si ni l'une ni l'autre ne se désiste, rupture. C'est en effet ce qui advint. Le conflit dura autant que le XVIII[e] siècle, la rupture fut le propre de la Révolution. Jusque-là, en évoquant à lui les causes matrimoniales, sous prétexte de juger la question de fait, l'État empiétait déjà sur le fond. Nous constaterons que cette évocation au juge séculier de presque toutes les causes matrimoniales avait pour but de permettre à l'État de faire triompher sa jurisprudence relative au Rapt de Séduction, illégale en droit, et inadmissible en fait sous sa forme absolue. L'État prenait à l'Église le mot de rapt, mais il se gardait bien de respecter la chose ; et, avec la trop habile casuistique de ses légistes, il en tirait des conséquences que l'Église ne devait jamais accepter.

Enfin, et ce sera la source de notre dernier développement sur ce sujet si important du droit de l'Église de légiférer et de juger en matière de mariage dans notre ancien Droit, nous mentionnerons ce texte de Pothier, qui contient la véritable base de tout le système des civilistes :

« J.-C., en élevant le contrat de mariage entre les fidèles à » la dignité de sacrement, n'a entendu élever à cette dignité » que les mariages légitimes : il n'y a qu'une union innocente » et légitime, telle que celle qui est formée par un mariage » légitime, qui soit propre à être le type et l'image de l'union » de J.-C. avec son Église. Un mariage que la loi civile défend, » et qu'elle déclare nul, ne peut passer que pour un commerce » illégitime et criminel ; et on ne peut prétendre sans une es- » pèce d'impiété, que J.-C. ait voulu élever à la dignité de » sacrement un tel commerce, et en faire le type et l'image » de son union avec l'Église ».

Toute la force, toute l'habileté spécieuse du raisonnement de Pothier réside dans ces mots : *mariages légitimes*. Qu'est-ce qu'un mariage *légitime* ? Qu'est-ce qu'un mariage *illégitime* ? Quelle est

l'autorité qui a le droit de poser les conditions de légitimité, d'illégitimité de l'union matrimoniale ? Telles sont les questions principales que Pothier aurait dû résoudre ou tout au moins rappeler, avant de jeter dans la controverse cette qualification, un peu énigmatique, de *mariages légitimes.* Personne ne saurait le contester, ni du côté des catholiques purs comme Bellarmin, ni du côté des chrétiens civilistes comme Pothier, le mariage que J.-C. a élevé à la dignité d'un sacrement ne peut être qu'un mariage légitime. Mais, encore une fois, qui décidera que tel mariage est légitime, que tel autre ne l'est pas ? Nous croyons avoir démontré que cette question fondamentale ne peut pas être tranchée également et souverainement par deux autorités distinctes, indépendantes, et portées à se considérer comme adversaires. Si c'est l'Église qui fait par sa loi la légitimité d'un mariage, que devient la thèse de Pothier ? Si c'est l'État, que devient logiquement le droit de l'Église ? Où Pothier a-t-il vu dans la théologie, dans la tradition dogmatique, historique de l'Église catholique, dont il accepte la loi en matière de mariage, que J.-C. ait voulu prendre comme type *multiple* de son sacrement un contrat matrimonial réglé, quant à sa validité, quant à sa légitimité, uniquement suivant les conditions du droit civil ? Il faut autre chose qu'une affirmation sans preuves, pour établir que J.-C. aurait assujetti un de ses sacrements à toutes les variétés capricieuses des diverses lois civiles. En effet, s'il n'y a sacrement qu'autant que le contrat matrimonial est légitime par sa conformité à la loi civile, il y aura autant de sacrements de mariage qu'il y aura de lois civiles différentes. Ici le sacrement de mariage existera, quoique le contrat matrimonial n'ait pas été approuvé par les parents de l'époux mineur, parce que la loi civile n'aura pas exigé, à peine de nullité, le consentement de l'ascendant. Là, dans des circonstances absolument identiques, pas de sacrement de mariage, par la raison que la légitimité du contrat matrimonial dépendra de l'assentiment du père. Nous pourrions multiplier les exemples, en passant en

revue les éléments nombreux qui constituent le contrat matrimonial, et qui ne sont pas envisagés, traités de la même manière par les législations humaines. Où est alors le caractère universel, catholique, disons pour être mieux compris, cosmopolite, de la religion chrétienne et de ses sacrements? N'y a-t-il pas une témérité coupable aux yeux du croyant, une inconséquence bizarre aux yeux de tout homme, à vouloir, avec Pothier, que ce soit l'État, de préférence à l'Église, qui détermine ce qui fait que le mariage est un sacrement, c'est-à-dire une union *propre à être le type et l'image de l'union de J.-C. avec son Église*? Si le contrat civil matrimonial de chaque nation chrétienne était la matière obligée du sacrement de mariage, — et il doit en être ainsi dans le système de Pothier — nous arriverions à ce résultat étrange, que le sacrement varierait de frontière à frontière, suivant le bon plaisir de la puissance séculière, et les fluctuations de l'opinion publique qui influe toujours plus ou moins sur la formation de la loi. Un jurisconsulte logique de l'ancien Droit, un catholique comme Pothier, peut-il admettre juridiquement et en conscience, cette nationalisation, ce particularisme quelque peu protestant, d'une loi évangélique, c'est-à-dire faite pour tous les hommes, sans acception de temps, de lieu, de peuple? Qui aurait empêché, si on se range à l'avis des civilistes, une autre nation catholique, l'Espagne par exemple, d'opposer à l'existence du contrat civil matrimonial, c'est-à-dire, en définitive, à l'existence de la matière sacramentelle, certaines conditions différentes de celles dont la loi française aurait proclamé la nécessité? Nous aurions donc eu le sacrement de mariage *français*, le sacrement de mariage *espagnol*. Pourquoi pas aussi le sacrement de mariage *italien* avec les mille surprises occasionnées par le morcellement politique de la péninsule, le sacrement de mariage de l'Allemagne catholique etc.!

Mais, nous dira-t-on, pourquoi refuser aussi obstinément à l'État le droit d'intervenir dans la formation du lien matrimo-

nial ? N'est-il donc pas directement intéressé à ce que la famille, base de la société, s'organise selon des lois qu'il aura sagement réglées ? S'il est vrai qu'on ne lise, qu'on ne voie nulle part que J.-C. ait imposé à son Église un accord préalable sur la question du contrat civil avec la puissance séculière, on ne voit pas non plus qu'il ait condamné cette entente désirable. Pourquoi l'Église ne recevrait-elle pas des mains de l'État, le contrat civil du mariage tout prêt à être élevé, par son influence religieuse et surnaturelle, à la dignité de sacrement ? Quelle est donc cette union que l'Église consacre, si ce n'est pas le contrat matrimonial dont les conditions auront été déterminées par la loi civile ?

Nous touchons ici au véritable nœud de la difficulté. Toute l'argumentation de Pontchartrain, de Pothier et des autres civilistes, se résume dans cette affirmation : le mariage chrétien, le mariage de notre ancien Droit, ne peut être que le contrat *civil*, sanctifié par la religion. Toute l'argumentation de l'école opposée, à laquelle nous appartenons, revient à formuler cette affirmation contraire : le mariage chrétien, le mariage de notre ancien Droit, ne peut être que le mariage du *droit des gens* élevé à la dignité de sacrement. — Pourquoi vouloir que le christianisme, ayant à choisir entre deux types, entre deux modèles du mariage, les *justæ nuptiæ* et le mariage du *droit des gens*, se soit plutôt décidé en faveur de l'union matrimoniale du degré inférieur ? Ne serait-il pas plus glorieux pour l'Église, qui prenait la tutelle d'un monde nouveau, de s'être approprié la législation romaine, si logique dans ses principes, si harmonieuse dans son ensemble, que de faire prévaloir, en une matière aussi importante que celle du mariage, une loi, ou plutôt une absence de loi, aussi vague, aussi incertaine, que ce droit primitif dont elle prétend faire émaner la véritable loi du mariage ?

A ces observations nous pouvons opposer deux réponses ; l'une philosophique, l'autre historique. On ne parle pas avec

une exactitude complète lorsqu'on établit entre les *justæ nuptiæ* et le mariage du *jus gentium*, une différence si capitale, ou lorsqu'on accorde aux *justæ nuptiæ* une supériorité absolue sur l'union matrimoniale du droit des gens. Ce n'est pas, en matière de mariage, à la dignité politique, civile, des parties en cause, qu'il faut mesurer la valeur et la dignité du lien conjugal. Le véritable mariage, celui qui doit passer avant toutes les unions qui se compliquent de questions d'ordres et de castes, c'est le mariage qui est le même pour tous, parce que tous les hommes sont égaux devant le même Dieu qui le bénit et le même sublime instinct de famille qui le provoque. Qu'importe que l'antique Rome ait exclu des *justæ nuptiæ* et de ses privilèges l'immense foule des pérégrins ou de ceux qu'elle qualifiait inhumainement d'ennemis, *hostes* !

Pourquoi le christianisme qui succédait à l'empire romain, dans la direction du monde, comme le vainqueur succède au vaincu, n'aurait-il été que l'héritier immédiat et scrupuleux d'une théorie matrimoniale née d'un état de choses en opposition absolue avec ses aspirations ? C'est cependant ce que prétendent Pothier et les civilistes, quand ils ne voient de mariage *légitime* que là où la loi civile a statué qu'il y avait contrat civil *légitime*. L'Église aurait reçu de la législation justinienne la matière légitime du sacrement de mariage, de la même manière qu'elle devait continuer à recevoir de la législation de nos rois la matière légitime du sacrement de mariage au XVII[e] et au XVIII[e] siècle. Est-ce admissible ? Peut-on soutenir sérieusement que le christianisme, qui a parmi ses dogmes fondamentaux celui de l'indissolubilité du mariage, ait accepté la nécessité, non pas seulement d'un contrôle ultérieur, mais d'une sorte d'autorisation préalable à la collation d'un sacrement, de la part d'une législation soi-disant chrétienne qui reconnaissait la légitimité du divorce ? Et s'il est évident que la scission entre la puissance ecclésiastique et la puissance séculière, entre le sacrement et le contrat civil, s'est opérée, dès les premiers temps

de l'Église, sur cette question capitale de l'indissolubilité, pourquoi cette divergence ne se serait-elle pas accentuée sur des points de détail, comme est celui du consentement des parents? Ce n'est pas là une conjecture hasardée : c'est une constatation historique qui revêt toute la force d'un indiscutable argument. Ce n'est donc pas, à nos yeux, la théorie des *justæ nuptiæ* romaines que l'Église a fait passer dans sa législation : elle ne le pouvait pas, parce que la présence du divorce au sein de la législation de Justinien s'opposait impérieusement à cette adoption pure et simple. Ce n'est pas non plus entièrement la théorie du mariage du *jus gentium*, tel que le comprenait la loi romaine, qui s'est fait jour dans le droit canon. Le mariage chrétien, le mariage de l'ancien Droit est historiquement le mariage du droit naturel, indépendant de toute loi positive humaine, restauré, agrandi, divinisé, par l'idée chrétienne. Bien loin que ce soit une loi civile, une puissance séculière quelconque, qui ait fourni à l'Église, à titre de matière sacramentelle, les éléments d'un contrat civil parfait, légitime, c'est au contraire l'Église, et cela est un fait indéniable, qui a fourni, qui a donné à tous les États chrétiens du moyen âge, à la France de notre ancien Droit en particulier, le type accompli, le modèle d'une moralité parfaite de l'union matrimoniale. Pendant des siècles, le monde chrétien, la France chrétienne, ont accepté, comme un bienfait, cette domination de la puissance religieuse en matière de mariage. Lorsque c'était l'Église seule qui disait s'il y avait ou non mariage légitime, qui donc pensait à la théorie de Pothier et des civilistes ? Nous avons parlé de la ténacité persistante de l'État à vouloir traiter la question de fond du mariage, elle lui venait surtout — nous ne perdons point de vue notre sujet — de sa répulsion pour le mariage des mineurs contracté sans le consentement des parents. L'Église reconnaissait la validité de ces mariages. L'État n'osait pas ouvertement en nier la légitimité devant Dieu, la seule qu'il pût et voulût admettre officiellement. Qu'arrivait-il ? L'État essayait de re-

prendre, par des moyens détournés et en détail, cette autorité, cette juridiction qu'il savait bien n'avoir pas en droit. L'Église usait du rapt pour assurer la liberté ; l'État en abusa pour établir une tyrannie judiciaire et domestique. C'est là tout le secret ou du moins la raison principale de la lutte sourde et persistante qui divisa les deux puissances. Mais avant de suivre et de relever les attaques lentes, habilement conduites de la puissance séculière, demandons-nous ce qu'était, au regard des mineurs pubères, la loi du mariage dans les textes canoniques, c'est-à-dire dans les textes qui étaient l'unique loi pour la question de fond du mariage, sous l'empire de notre ancien Droit, essentiellement et officiellement chrétien.

LIVRE DEUXIÈME

CANONS CONTROVERSÉS

CHAPITRE PREMIER.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE. — L'obscurité des textes canoniques sur l'objet de cette thèse ne détruit en rien l'unité de la foi et de la morale chrétienne. — Deux raisons de cette obscurité. — Principes de solution. — Le mariage *injustum* n'est pas nécessairement un mariage nul. — Distinguer les textes canoniques de ceux qui ne le sont pas. — Conduite du Concile de Trente.

Gratien, l'auteur du *Decretum*, première partie du *Corpus juris canonici*, avait placé en tête de son travail ce titre significatif : *Concordantia discordantium canonum*. Cette discordance des canons, des textes, que le savant compilateur avouait ingénûment, et qu'il se flattait peut-être de faire disparaître par ses annotations, n'existe certainement nulle part, à un plus haut degré, que dans la question qui nous occupe. Il est incontestable qu'à l'époque du Concile de Trente, et pour une période qui remonte en arrière à plusieurs siècles, le mariage des enfants mineurs et pubères ne dépendait aucunement, quant à sa validité, du consentement des parents. Mais, de ce

que la controverse n'est pas possible à partir du douzième siècle, il n'en reste pas moins à résoudre le problème difficile des obscurités et des contradictions, apparentes ou réelles, qu'on relève dans les textes du *Corpus*, antérieurs à cette époque.

Faut-il s'étonner outre mesure de ces décisions opposées, de ces affirmations qui semblent se combattre? Nous ne le croyons pas. Tout d'abord, pour prévenir une objection possible bien que peu fondée, nous dirions que ces variations, ces tâtonnements dans la législation canonique n'entament en rien l'inaltérable unité de la foi chrétienne. Ce qui, en droit, ne peut changer, ce qui en fait, n'a jamais varié dans l'Église catholique, ce sont les affirmations relatives à la foi et à la morale. Ainsi, pour prendre un exemple tiré de notre sujet, c'est de foi, pour les catholiques, que le mariage est un sacrement ; et on ne trouverait, ni dans le *Décret* de Gratien, ni dans les autres parties du *Corpus*, ni ailleurs, un texte authentique en contradiction avec cette vérité organique et d'enseignement séculaire. De même, c'est une vérité de la Foi, en même temps qu'une règle de la morale chrétienne, que le mariage qui est un sacrement, soit, comme tel, essentiellement indissoluble, alors qu'il a été consommé ; sur ce point encore aucune obscurité possible dans les textes du droit canonique, et la solution de toutes les difficultés de fait consiste uniquement dans la distinction fondamentale à établir entre le mariage nul *ab initio* et déclaré tel, et le mariage valide *ab initio* et cassé par une sentence ultérieure. Si l'Église catholique a déclaré nuls des mariages qui étaient nuls dès le principe, pour avoir été contractés en violation d'empêchements dirimants, jamais elle n'a cassé après coup des mariages dont la validité primitive n'aurait été ni contestée ni contestable.

Mais il n'en est pas ainsi, la chose est évidente, du point de droit en discussion. Ni l'unité de la Foi religieuse, ni l'immutabilité de la morale chrétienne ne sont en jeu dans la question de savoir si le mariage des enfants mineurs et pubères sera va-

lide devant Dieu, devant la conscience, au cas où les parents n'auraient pas donné leur consentement. C'est là, il faut en convenir, un problème important sans doute, si on le considère en lui-même, mais d'une gravité relativement secondaire, si on la compare à celle que nous présentent les principes de foi et de morale précédemment énoncés. Cependant, nous croyons pouvoir dire que, même dans la règlementation de ce que nous appelons, par comparaison, un détail, l'Église a toujours eu le souci de conserver, autant que possible, le respect de l'unité et de la tradition. Ce n'est jamais volontiers qu'elle a innové, même sur ces points de nature mobile, éminemment flexible, où la marche des idées, la modification progressive des mœurs expliquerait l'existence de certains changements périodiques. Verrait-on dans cette sorte d'immobilité calculée et persistante une obstination regrettable ! Pour nous, nous serions plutôt disposé à trouver là l'indice de cette conviction raisonnée qu'il est des matières où l'on ne gagne rien à expérimenter des nouveautés, et où le mot changement n'est pas toujours synonyme de progrès. Cette conduite de l'Église serait aussi, pour le croyant, la preuve que le christianisme ayant eu, dès l'origine, conscience de sa force et de l'assistance divine qui le soutenait, aurait une fois pour toutes, déclaré ce qui est vrai, ce qui est bien pour ses adeptes, contrairement à la pratique des sociétés purement humaines, dont le travail législatif est un perpétuel remaniement des coutumes et des lois du passé.

Toutefois, pour revenir à notre point de départ, et sous le bénéfice de ces dernières observations, nous n'avons aucune peine à reconnaître qu'il règne dans les textes du *Corpus* une certaine confusion sur le point en litige. Cette confusion s'explique tout naturellement pour plusieurs motifs dont nous ne voulons donner que ces deux principaux. Le premier sera la diversité des sources. Nous dirions que le *Décret* de Gratien, quant à son mode de composition peut être assimilé au *Digeste* du *Corpus juris civilis*.

Il y a néanmoins cette différence entre ces deux monuments juridiques, que, si le *Digeste* a été, dès l'origine, une œuvre directement inspirée par le législateur, le *Décret* n'a reçu que plus tard le caractère officiel de l'authenticité législative. Si donc, les commissaires impériaux de Justinien n'ont pu, malgré leur haute compétence et la perfection qu'avait atteinte le Droit romain, éviter en groupant les extraits des plus illustres jurisconsultes d'apporter des solutions difficiles à concilier ou même, nous croyons en avoir fourni un exemple dans la partie de ce travail relative au Droit romain (1), des décisions d'un même auteur consacrant des principes opposés ; quel danger, quelle probabilité même n'y avait-il pas pour que Gratien, sans mandat officiel, entreprenant tout seul le vaste travail du *Décret*, n'ayant à sa disposition que les éléments un peu confus d'un droit en formation, réunît, au sujet d'une question relativement secondaire, des textes qui paraissent contradictoires?

A cette raison de pure forme et tirée de considérations extrinsèques, s'en ajoute une autre plus puissante qui se rattache davantage au fond de la question, et qui surtout n'est que l'application d'un système de sage temporisation, dont nous avons revendiqué l'honneur pour le christianisme naissant. Il n'est pas douteux que l'Église, dès le début, n'ait autant que possible conformé sa législation canonique aux prescriptions du Droit romain ; le milieu au sein duquel elle s'est développée, l'incontestable supériorité des solutions romaines expliquent suffisamment cette fusion et cette alliance étroites. Cependant l'Église ne pouvait pas, sans tenter de la modifier, accepter purement et simplement la discipline d'un droit originairement païen et demeuré tel dans certaines de ses parties. Nous avons à diverses reprises affirmé l'influence salutaire et décisive

(1) Voir l'antinomie entre la loi 16 et la loi 8, toutes deux au même titre : *De ritu nuptiarum*, et toutes deux de Paul.

qu'exerça le christianisme sur la législation romaine ; mais il est nécessaire de constater ici ce fait historique, pour en tirer la remarque suivante qui éclairera notre discussion. La famille, et ce qui en est la base naturelle, le mariage, présentant à Rome, une organisation factice, arbitraire, contraire même au droit naturel, nous l'avons remarqué bien des fois et croyons l'avoir amplement démontré, le christianisme n'aurait jamais consenti à faire passer dans les dispositions de sa morale et de son droit ce qui violait si ouvertement les exigences du droit de nature, en même temps que le respect dû à la liberté, à l'égalité humaine dont il se proclamait le champion. C'est ainsi qu'on ne saurait prétendre, malgré les dispositions évidemment contraires et persistantes du Droit romain païen et même christianisé, depuis Constantin, que l'Église ait jamais sanctionné ou toléré le divorce ou la rupture d'un mariage valide *ab initio* et consommé. Mais, précisément, parce qu'elle s'est montrée intraitable sur ce point fondamental de l'indissolubilité, n'est-il pas permis de penser que, peut-être, sans rien abandonner de ses principes ou de ses aspirations, l'Église a cru pouvoir céder quelque peu sur des points de détail, en particulier sur la question de la validité du mariage contracté par le mineur pubère à l'insu ou même contre le gré du paterfamilias ? Est-ce que cette dernière expression, *paterfamilias*, dont l'emploi est comme le réveil inopportun de toute une théorie surannée et condamnée par la civilisation chrétienne, n'indique pas au juste et avec une netteté parfaite la limite des concessions que fit l'Église aux idées romaines ?

La contradiction de ces textes législatifs, si toutefois elle existe, était voulue ; et on ne saurait, sous prétexte d'indécision regrettable, lui faire un reproche de ce qui ne fut, en définitive, qu'une preuve de sa modération.

Mais ces remarques nous fournissent une occasion toute naurelle de hasarder quelques principes de solution, pour faire disparaître l'antinomie dont nous constatons l'existence dans

les textes canoniques. Ce seront comme des réponses faites à l'avance, ou plutôt comme des sources de réponses indiquées avant l'objection, et dont la connaissance préalable éclairera la discussion.

Nous verrons, dans toute une série de textes qu'on nous opposera que le mariage contracté sans le consentement du paterfamilias est qualifié *d'injuste*, c'est-à-dire de contraire au droit : *Injustæ nuptiæ fiunt*, disent Cujas et Godefroy ; *neque rite neque jure nubent*, dit Tertullien. C'est toujours la même préoccupation chez les canonistes comme chez les jurisconsultes romains, dont les textes du droit ecclésiastique empruntent le langage : refuser à l'union matrimoniale que n'a pas sanctionnée le consentement paternel, le caractère de la légitimité. Mais de quelle légimité s'agit-il ? Un mariage *injuste* est-il un mariage absolument *nul* ? Voilà ce qu'il faudrait avant tout démontrer. Est-il téméraire de soutenir qu'aux yeux de l'Église, il y avait, au moins en droit, deux sortes de *légitimité matrimoniale* : la légitimité que nous appellerions civile, résultant de l'accomplissement de *toutes* les conditions exigées par le droit païen, disons, pour ne rien exagérer, par l'ancien Droit civil romain, et la légitimité que nous appellerions chrétienne, sacramentelle, la seule vraie pour l'Église et pour les fidèles, la seule dont il puisse être logiquement et directement question dans la législation canonique? Nous avons eu précédemment l'occasion d'invoquer le témoignage de St. Paul (1), le premier en date et en autorité des moralistes et des jurisconsultes chrétiens ; où trouverait-on, dans ses déclarations si éloquentes relatives au mariage, un mot, une allusion à la nécessité qui incomberait aux nouveaux convertis de ne tenir pour légitimes, c'est-à-dire pour de véritables sacrements, que les mariages revêtus de cette légitimité civile, d'origine païenne, que consacrait le Droit romain ? Nulle part ail-

(1) V. première partie ; Droit naturel, p. 14.

leurs que dans les Épitres du grand apôtre, on ne voit exprimée, avec plus de force ni avec plus d'indépendance, cette théorie si étrange pour l'époque, et reproduite par un évêque, Rithovius, au Concile de Trente, avec une franchise si rude de langage, du droit imprescriptible qu'a tout humain d'assurer sa moralité au moyen d'une union dont sa foi religieuse et sa conscience lui auront affirmé la légitimité. Sans doute, nous ne refusons pas à la puissance civile la faculté de n'attribuer la jouissance, l'exercice de certains avantages civils qu'à l'accomplissement des conditions qu'elle aura jugé sage d'imposer; nous voulons bien, en un mot, que la société civile détermine les règles de la légitimité civile de l'union matrimoniale. Mais, en dehors et au-dessus de cette légitimité civile, purement extrinsèque, il en est une autre, d'ordre supérieur, que tout homme qui apprécie comme il convient, du moins c'est notre sentiment, la nature élevée du mariage, doit reconnaître, et qui était historiquement reconnue dans la période où nous nous plaçons. Ne pas admettre cette distinction serait d'ailleurs nier l'évidence, et se montrer plus sévère que le Droit romain lui-même que suit le droit canonique, sur le caractère et l'étendue de cette légitimité de l'union matrimoniale. En effet, pour qu'un mariage illégitime (*injustum, sine jure*), équivalût incontestablement à un mariage nul, il faudrait qu'il n'y eût pas, qu'il n'y eût jamais eu un mariage valide qui ne fût pas *legitimum*. Or, c'est ici le lieu de refaire cette énumération, tant de fois énoncée; le *matrimonium justum, legitimum* des Romains, mariage auquel se réfèrent les textes canoniques, n'était que la première catégorie, l'espèce supérieure des unions matrimoniales *valides* : le *concubinatus*, qui n'était pas un mariage *legitimum*, était cependant un mariage valide, et pour l'État et pour l'Église : le mariage du droit des gens, le *contubernium* lui-même n'étaient certainement pas des mariages *légitimes*, au sens juridique, civil du mot, et pourtant Rome en admettait la validité, et l'Église trouvait là

une matière suffisante à l'application de ses sacrements. Donc, on n'a pas complètement triomphé de l'opinion que nous défendons, quand on nous cite des textes où il est dit que le mariage contracté sans le consentement du père est un mariage *illégitime, injuste*, ne produisant aucun des effets des *justæ nuptiæ*. Nous ajouterons que les anathèmes, fréquents et très vifs, nous ne les dissimulerons pas, que certains Pères de l'Église, que plusieurs auteurs de textes canoniques adressent aux enfants qui se marient sans le consentement de leurs parents, ne nous embarrassent pas davantage, car jamais nous n'avons défendu la thèse de la complète indépendance des enfants vis-à-vis des parents. L'enfant qui se marie sans avoir consulté son père, sa mère, et sans tenir compte de leurs justes observations, fait un acte blâmable, condamnable, *illicite*. Fait-il un acte *nul, invalide* ? C'est toujours l'éternelle question à résoudre. Les textes, qu'on nous oppose peuvent-ils s'entendre d'un anathème mérité par un acte coupable mais valide ; doivent-ils nécessairement être interprétés dans le sens d'une sorte d'arrêt de nullité, d'invalidité du mariage ? Nous essayerons de répondre, quand nous aurons cité les lois du *corpus juris canonici*. Pour le moment, nous nous contentons de poser la question, et de remarquer, ou plutôt de rappeler que la qualité de *spurius*, attachée par Godefroy à l'enfant issu d'un mariage *injustum*, n'empêche pas ce grand jurisconsulte d'ajouter aussitôt : *non tamen jure civili romano dissolvitur matrimonium*. Ainsi, c'est un jurisconsulte éminent, habitué à la précision du langage juridique, qui maintient la validité d'un mariage dont le fruit est traité de *spurius* ; et cette note infamante, qui paraît inconciliable avec l'existence d'un véritable mariage, vient précisément de ce que les parents de cet enfant se sont unis sans avoir obtenu le consentement du *paterfamilias* ! N'aurons-nous pas le droit désormais de n'accepter qu'avec une extrême réserve et sous le bénéfice d'un contrôle sévère les expressions *adulteria*, *fornicationes*, et tant d'autres aussi et plus énergiques, dont se

sont servis certains Pères de l'Église et beaucoup d'auteurs, plus préoccupés de l'idée d'inculquer aux enfants le respect de l'autorité paternelle que du soin de donner, avec une rigoureuse exactitude, une solution juridique ?

Ce n'est pas tout de comprendre sainement les textes et de ne pas en exagérer la portée ; il faut de plus que cette interprétation, inattaquable au fond, ne s'applique, en fait, qu'à des textes véritablement législatifs, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, véritablement canoniques. Cette réflexion, qui pourrait paraître inutile tant elle exprime une condition évidente d'autorité pour les lois invoquées dans la discussion, était cependant opportune ; parce qu'il n'est pas rare de voir des auteurs s'appuyer, pour leur démonstration, sur des témoignages absolument dépourvus de toute autorité canonique. Il en est qui en font imprudemment l'aveu ; ce qui ne les empêche pas de tomber, volontairement puisqu'ils le reconnaissent, dans cette erreur d'argumentation. Ainsi, nous lisons dans le *Traité sur le mariage*, qui parut au 17[e] siècle, où se trouve longuement exposée l'opinion que nous combattons, après de nombreuses citations de textes, ces paroles significatives et qui légitiment notre remarque. « Il est vrai qu'on a retranché ces lois du » Décret de Gratien. Mais on ne peut disconvenir qu'elles ne » soient dans plusieurs manuscrits. Les auteurs des notes qui » sont au pied de ce chapitre en citent deux... » De bonne foi, quelle peut être la valeur, au point de vue législatif, d'un texte qui n'a pas été inséré dans la loi ? Est-ce qu'un glossateur, un commentateur, quelle que fût d'ailleurs sa science, sa compétence juridique, mais sans mandat officiel, pourrait, de son initiative privée, donner force de loi à une disposition que le législateur n'aurait pas authentiquement acceptée ? Qu'importe que tel ou tel jurisconsulte, tel ou tel canoniste, allons plus loin, tel ou tel saint, tel ou tel Père de l'Église, même tel ou tel concile d'un caractère purement national, aient semblé prononcer, en termes énergiques, la nullité du mariage que l'enfant

mineur aurait contracté sans le consentement de ses parents? De quoi s'agit-il en effet, et dans quelle période historique nous trouvons-nous? Nous ne saurions trop le répéter, il s'agit de la validité du mariage, c'est-à-dire de la validité d'un sacrement, d'un acte essentiellement (et à cette époque, personne ne le conteste), et uniquement religieux. Or, ce qui constitue l'essence d'un sacrement, tous devront le reconnaître, croyants et incroyants, est éminemment du domaine de l'autorité de l'Église catholique. Et ce dernier mot, *catholique*, n'est pas mis là simplement pour qualifier d'une façon quelconque une société religieuse ; il renferme toute une théorie féconde en conséquences qui vont diriger nos solutions. Dire de l'Église fondée par J.-C. qu'elle est catholique, ce n'est pas seulement faire allusion à cette diffusion universelle et de fait, suivant laquelle l'Église remplit tous les temps et tous les lieux ; c'est aussi, et c'est surtout, indiquer ce principe puissant de l'unité, de l'autorité centrale dans l'Église, d'où découle, pour produire la catholicité, une force expansive qui s'étend sans s'affaiblir jamais. En un mot, le mariage est un sacrement : un sacrement est matière exclusivement religieuse ; donc l'autorité religieuse compétente peut, seule, en fixer les conditions de validité ou de nullité. Que si, en dehors de cette source officielle de la loi canonique, il se produit, ou sous la plume d'un Docteur, ou dans une réunion particulière d'évêques, une opinion que l'autorité suprême de l'Église n'adopte pas, ne fait pas sienne, cette opinion, quelle que soit sa valeur intrinsèque, quelle que soit la sagesse des motifs qui l'ont inspirée, ne saurait prévaloir ni sur les affirmations contraires, ni même sur le silence de la loi canonique.

La constatation de cette vérité qui s'appliquerait à toute espèce de discussion sur des textes législatifs, abrège notablement notre tâche, puisqu'elle nous permet d'écarter, sinon sans examen, au moins sans crainte de laisser de côté et à dessein des objections sérieuses, une quantité de canons conciliaires qui n'ont pas trouvé place dans le *Corpus juris canonici*.

Nous sommes d'ailleurs singulièrement aidé, pour distinguer les textes canoniques de ceux qui ne le sont pas, par l'existence d'un ouvrage qui parut au début du XVIIIe siècle, en 1709, et qui a pour titre :

De doctrina canonum corpore juris inclusorum, circa requisitum ad filiorum matrimonia parentum consensum, historica disquisitio Auctore Joanne Petro Gibert, doctore theologo Aquensi (1).

Là se trouvent accumulés et discutés tous les textes relatifs à la matière. Nous n'aurions donc qu'à faire l'analyse de cette longue dissertation, pour passer en revue tous les monuments authentiques et canoniques qui traitent de la question du consentement des parents au mariage de leurs enfants. Mais cela ne nous a pas paru nécessaire ; et lorsque, plus loin, nous discuterons les textes, nous ne nous arrêterons qu'aux principaux, qu'à ceux qui sont le plus fréquemment invoqués par les auteurs, en particulier par Pothier, et que leur notoriété a rendus comme la base de la discussion.

Nous venons de nommer Pothier, et ce n'est pas sans raison ; car cet illustre jurisconsulte nous fournit précisément un exemple évident de cette erreur, de cette confusion regrettable à notre avis, que nous nous efforçons de dissiper. Voici, en effet, ce qu'il nous dit (2) :

« Dans les lois de nos rois de la première race, un homme » ne pouvait épouser *valablement* une fille sans le consentement » du père de la fille, à qui il était obligé de la rendre avec une » amende, s'il la redemandait. C'est ce que nous trouvons dans » les *Capitulaires* du roi Dagobert, en la seconde partie, qui a » pour titre : *Lex Alemannorum, cap.* 54, *art.* 1, où il est dit : » *Si quis filiam alterius non desponsatam* (*sibi a patre filiæ*) *acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit, reddat eam, et*

(1) Ce livre des plus utiles pour la controverse présente nous avait été indiqué par le *Dictionnaire des Arrêts de Brillon*, au mot *mariage*. Nous n'avons pu le découvrir qu'à la Bibliothèque nationale : Inventaire E, 4564.

(2) Pothier, n° 324, *Traité du contrat de mariage*.

» *cum quadraginta solidis eam componat* (*id est, luat pro de-*
» *licto*) ».

Nous savons très bien que Pothier est un défenseur acharné du droit pour la puissance séculière de créer des empêchements dirimants au mariage. Il vient de nous le rappeler au n° 322, en des termes qui semblent même accorder à l'État une autorité supérieure à celle de l'Église : « Si l'Église a ce droit, » *à plus forte raison*, la puissance séculière doit l'avoir, puisque » le contrat de mariage appartenant, de même que tous les » autres contrats, à l'ordre politique c'est à la puissance sécu- » lière qu'appartient *principalement* le droit de prescrire les » lois qu'elle juge à propos d'établir pour la validité de ce » contrat ».

Mais, sous les Mérovingiens, au temps de Dagobert, personne ne saurait le nier, l'unique loi du mariage, en droit et en fait, était la loi canonique. Un mariage n'était essentiellement valide ou nul, qu'autant qu'il violait ou respectait les prescriptions du droit canon. C'était l'autorité religieuse toute seule qui décidait ces graves questions ; et Pothier, mieux et plus que tout autre, aurait pu et dû peut-être nous renseigner sur cette juridiction incontestée aux premiers siècles de notre ancien Droit. Pourquoi donc dès lors, au lieu de nous apporter à l'appui de sa thèse un texte véritablement authentique c'est-à-dire tiré du droit canon, va-t-il chercher une loi qu'il ne nous dit pas avoir été insérée dans le *Corpus juris canonici*, et qui, par conséquent, manque absolument d'autorité dans le débat ? Est-ce que la validité du mariage chrétien dont l'extension devait être catholique, universelle, applicable à tous, pouvait dépendre d'un article d'une loi particulière et d'origine païenne ? Et puis Pothier n'abuse-t-il pas de ce texte pour en tirer la preuve que le mariage serait nul ? Où voit-il que le mariage n'est pas valable ? La fille doit être rendue à son père, soit : cela signifie-t-il *clairement* que celui qui doit la rendre cesse d'être son époux ? De plus, il n'est question

que de la fille : le fils pourrait-il, par *a contrario*, se marier valablement sans le consentement de son père? Enfin, on ne parle d'aucune limite d'âge : faut-il en conclure que la fille, que le fils lui-même, auraient *toujours* besoin, pour se marier *légitimement*, du consentement de leur père ? Ne serait-ce pas là une résurrection, aussi complète qu'incompatible avec les idées chrétiennes, de l'ancienne *patria potestas* romaine dont on retrouve déjà des vestiges dans la copropriété de la famille germaine ? Toutes ces questions, nous ne voulons, pour le moment que les poser, devant les retrouver, quand nous discuterons plus amplement les textes. Et c'est, sur un témoignage aussi vague, qui sollicite de tous côtés, pour ainsi dire, l'objection, que Pothier se fonde pour prétendre que, dès l'origine de notre ancien Droit, il y avait des lois annulant le mariage contracté sans le consentement du père de famille !

« Pareillement, continue Pothier au n° 323, dans les Capi-
» tulaires de nos rois de la seconde race, recueillis par *Bene-*
» *dictus Levita*, nous lisons au livre VII[e], article 463 : *Aliter*
» *legitimum.....* »

C'est le fameux canon *Aliter* que nous étudierons spécialement. Ici, nous le reconnaissons, Pothier nous cite un texte législatif, tiré du droit canon ; mais pourquoi prend-il le soin de dissimuler cette origine ? Est-ce donc qu'à ses yeux le canon *Aliter* n'aurait de valeur qu'autant et que parce qu'il aurait été reproduit dans un Capitulaire ? N'est-ce pas tout au moins un anachronisme de chercher déjà, à cette époque reculée, une application de ce contrôle, de cet enregistrement par lequel, suivant la doctrine gallicane, doit nécessairement passer toute loi, tout acte, toute disposition disciplinaire émanant de l'autorité de l'Église? En conséquence, nous croyons avoir le droit de critiquer l'argumentation de Pothier et de lui reprocher non pas d'apporter un témoignage qui ne soit pas canonique, mais de le présenter comme étant uniquement l'expression d'un pouvoir qui, à notre avis, était alors (il le reconnaissait lui-

même) sans mandat pour légiférer sur la question de fond du mariage.

Le caractère local, restreint et par suite l'absence, absolue de valeur canonique de certaines décisions conciliaires ont été souvent signalés par des auteurs soucieux de distinguer entre des textes qu'on ne saurait confondre. Voici ce que nous lisons dans la *Revue Critique*, au cours d'un article très érudit et très intéressant de M. Bimbenet :« De Héricourt dit en parlant des » premiers conciles (réunis en France) :

« *Pendant plusieurs siècles ou du temps des Conciles sans la* » *permission des Papes, ce sont les rois de France qui ont convo-* » *qué les Conciles nationaux. Sous les trois races de nos rois, les* » *Conciles d'Orléans, entre autres de* 533 *à* 549, *disent, comme* » *tous les autres, qu'ils se sont assemblés par le consentement du* » *roi de France.....*

« De Héricourt, continue M. Bimbenet, dont les opinions » jansénistes se révèlent à chaque page de son *Traité des Lois* » *Ecclésiastiques*, ne prend pas en considération la situation » de l'Église Gauloise à cette époque, et ne semble pas se dou- » ter de l'esprit des canons arrêtés dans ces assemblées. Il aurait » dû comprendre le concile de 511 parmi ceux réunis à l'ordre » du roi ; l'esprit de secte égare la science elle-même... » (1).

Ce que nous voulons seulement retenir de cette citation, extraite d'une discussion sur un sujet qui n'est pas entièrement le nôtre, c'est la note d'*incompétence* décernée à la plus grande partie des décisions rendues par les conciles dont il s'agit. Nous disons *la plus grande partie*, car nous n'ignorons pas que beaucoup de ces lois provinciales, nationales, sans valeur canonique à l'origine, sont devenues, par la suite, des monuments authentiques du droit ecclésiastique par leur admission dans les textes du *Corpus juris canonici* (2). Mais, encore une fois, le fait

(1) *Revue Critique*, t. 23, 1863, pages 303 et s.

(2) La présence d'un certain nombre de canons rendus par des conciles français, dans le *Corpus juris canonici*, nous semble due principalement

seul d'avoir été élaborées, promulguées par des conciles dont le roi, c'est-à-dire la puissance laïque provoquait la réunion, ne saurait faire de ces lois des règles obligatoires pour l'Église universelle, surtout si l'on n'oublie pas que la question très grave en jeu est celle de la validité d'un sacrement. Ce n'est pas là en effet un point d'une importance tout à fait secondaire, sur lequel on puisse admettre, d'une province à l'autre, d'un peuple à l'autre, une diversité complète de législation. L'Église chrétienne, dont la loi était alors l'unique arbitre de tout ce qui concerne le mariage, ne voulut pas sanctionner de son autorité suprême des différences aussi profondes, encore bien que, par amour de la paix et en se réservant d'intervenir quand elle le jugerait convenable, elle ait paru ne pas les condamner ouvertement.

Enfin, comme troisième moyen de faire disparaître ou d'atténuer l'antagonisme, la contradiction des textes canoniques, nous proposerons l'observation suivante :

Assurément, on conviendra que personne, plus et mieux que les Pères du Concile de Trente, n'était au courant de la question. Il y avait, parmi eux, des théologiens éminents, des canonistes, des jurisconsultes célèbres. On constaterait leur science et la profondeur de leurs aperçus, si l'on entreprenait l'analyse des diverses opinions émises sur le point de droit en discussion. L'obscurité, l'ambiguité des textes qu'on invoque contre nous, ou même la présence de règles, de lois réputées contradictoires, rien de cela ne leur a échappé : et cependant, quelle est leur conclusion ? La voici, en des termes sur lesquels nous appelons volontiers l'attention du lecteur : *Le saint Concile frappe d'anathème... ceux qui affirment faus-*

à l'existence du *Decretum* d'Yves de Chartres. Ce canoniste, ainsi appelé parce qu'il occupa le siège épiscopal de Chartres, mourut en 1117. Il avait composé une compilation canonique célèbre connue sous le nom de *Decretum*. Gratien, qui composa ensuite son Décret et qui mourut un peu avant 1150, s'était incontestablement inspiré des compilations précédentes et en particulier de celle d'Yves de Chartres.

sement que les mariages des enfants de famille, contractés sans le consentement de leurs parents, sont nuls, et qu'il dépend de la volonté des parents de les rendre valides ou invalides. Telle est, dans toute sa netteté, la solution adoptée après bien des débats par la haute assemblée : nous en commenterons, en son lieu, le sens et la portée. Mais, pour ne laisser aucun doute sur sa véritable pensée, le Concile ajoute aussitôt : *Cependant la sainte Église de Dieu, pour les raisons les plus justes, a toujours détesté et défendu ces sortes de mariages* (1). Ainsi, tout d'abord, une déclaration très catégorique : anathème à celui qui nierait la validité du mariage contracté sans le consentement des parents ; voilà pour l'avenir. Ensuite, faisant une allusion transparente quoique discrète aux controverses qui se sont élevées sur le vrai sens de la législation canonique antérieure, le Concile, exerçant le pouvoir d'interprétation qui est de l'essence de la puissance législative, reconnaît que l'Église a toujours détesté et prohibé ces mariages. Qu'est-ce que cela veut dire, sinon, à notre avis du moins, que le Concile résout, par une distinction souvent indiquée, la difficulté dont nous cherchons à triompher. C'est comme s'il disait : « Cette répulsion continuelle, *semper » detestata est*, cette prohibition constante, *prohibuit*, que l'É-» glise a toujours éprouvée, a toujours édictée, relativement » au mariage des fils de famille contracté sans le consentement » des parents, suffisent à expliquer tous les textes du droit qui » condamnent ces sortes d'unions. Il ne faut donc pas les enten-» dre dans le sens d'une nullité, d'une invalidité absolue, mais » dans le sens d'une prohibition, d'une défense, qui, tout en » déclarant coupables les parties contractantes, laisse néan-» moins subsister la validité du lien ».

(1) Eos sancta synodus anathemate damnat... qui falso affirmant matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse : nihilominus sancta Dei Ecclesia, ex justissimis causis, illa semper detestata est atque prohibuit. *Conc. Trid.*, Sess. XXIV, chap. I.

Dira-t-on que cette explication, qui aurait l'avantage de faire revivre l'harmonie et l'unité dans la législation canonique, répugne à la précision et à l'énergie de certains textes? Nous répondrons qu'elle nous paraît ressortir tout naturellement des paroles mêmes du Concile qui n'ont presque plus de sens, si elles ne veulent pas dire que l'Église, tout en condamnant toujours et avec persévérance par une législation traditionnelle ces sortes de mariages, ne les a jamais cependant frappés d'une indiscutable nullité. Dès lors, à moins de compliquer à plaisir une controverse suffisamment embrouillée et de transformer en élément nouveau d'obscurité un texte qui pourrait tout éclairer, il faudra, ce nous semble, regarder la déclaration du Concile comme une interprétation souveraine et définitive de textes qui prêtaient jusqu'alors à l'amphibologie.

Bien plus, il y a, pour nous, une preuve que le Concile de Trente, c'est-à-dire la majorité des canonistes et des jurisconsultes de cette époque, ne croyait pas qu'on pût trouver, dans les lois canoniques du passé, un signe incontestable de la nullité du mariage de l'enfant mineur contracté sans le consentement des parents. Voici comment nous raisonnons pour arriver à légitimer cette assertion. Le Concile de Trente, on le sait, obéissant à sa propre impulsion et cédant aussi aux instances des princes chrétiens, a décrété la nullité absolue des mariages clandestins, mais pour l'avenir seulement. Et, pour qu'il n'y eût pas le moindre doute à cet égard, il a déclaré expressément que, pour le passé, on ne saurait suspecter la validité parfaite du mariage clandestin, c'est-à-dire de ce mariage sans solennité, sans publicité, qui pouvait résulter d'un simple échange de paroles sérieusement fait entre les époux : *Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quandiu Ecclesia ea irrita non fecit* (1). Ainsi le Concile qui crée, et non sans

(1) *Conc. Trid.*, Sess. 24, chap. I.

scrupules, un nouvel empêchement, c'est-à-dire un obstacle à la liberté du mariage que l'Église a toujours religieusement respectée, a bien soin d'insister sur le changement important qui va se produire. Autrefois validité du mariage clandestin ; désormais, après la promulgation du Concile, nullité radicale de ce même mariage clandestin.

Se passe-t-il rien de semblable au sujet de la question du mariage de l'enfant mineur, contracté sans le consentement de ses parents ? En aucune façon. La seule déclaration du Concile sur ce point revient à ceci : « L'union que le fils de famille contrac- » tera contre le gré de ses parents est inattaquable, et les pa- » rents ne pourront jamais ultérieurement, à leur fantaisie, » ratifier ou annuler ce mariage. Cependant l'Église ne cache » pas et n'a jamais caché la défaveur profonde qu'elle infligeait » à ces sortes d'unions. » Et maintenant, nous posons cette question : pourquoi le Concile, si empressé à s'expliquer, lorsqu'il établit un empêchement *nouveau*, la clandestinité, n'aurait-il pas reconnu, avec la même netteté, qu'il en abolissait un *ancien*, l'empêchement résultant du défaut de consentement des parents ? Objectera-t-on que cet empêchement *ancien* était, depuis longtemps, de l'aveu de tous, tombé en désuétude, et que, par suite, il était inutile de le rappeler ? Mais nous serions en droit de répondre que la raison pour laquelle cet empêchement *ancien* n'a pas été rappelé pourrait bien être qu'il n'a jamais réellement existé, ou que du moins les textes où l'on prétend le retrouver n'ont point paru au Concile présenter cette précision législative qui entraîne une abrogation solennelle. C'est le doute, dira-t-on : soit, mais on pourra nous accorder que les probabilités ne manquent pas à l'hypothèse que nous défendons, d'autant que notre premier argument, tiré du langage du Concile, demeure avec toute sa force.

En résumé, veut-on que le Concile ait parlé : sa déclaration ne renferme aucune allusion à l'existence d'un empêchement *ancien* ; au contraire, elle signifierait plutôt, pour prendre les

termes de l'école, qu'il y a toujours eu empêchement prohibitif, ce qui est la négation de l'empêchement dirimant. Veut-on que le Concile se soit tû, c'est notre second argument. Ce silence du Concile, surtout après son insistance au sujet des mariages proprement clandestins, est une démonstration de l'impossibilité où l'on serait de trouver, dans les textes du vieux droit canon, une preuve irréfutable qu'autrefois l'Église aurait considéré comme nul le mariage contracté par l'enfant mineur sans le consentement de ses parents.

Après ces explications préliminaires dont l'utilité était évidente, il est temps d'arriver enfin au commentaire des principaux textes qu'on nous oppose.

CHAPITRE II

TEXTES TIRÉS DE LA BIBLE ET DES CONCILES.

SOMMAIRE. — Autorité toute relative dans la question des textes des Écritures. — L'Ancien et le Nouveau Testament sont plutôt favorables à la liberté du mariage. — Les textes canoniques des Conciles n'établissent pas péremptoirement la nécessité du consentement de la famille pour la validité du mariage des enfants. — Gibert et son *Historica disquisitio.*

On ne saurait se méprendre sur le véritable sens de notre pensée, si nous disons que les arguments scripturaires dont on se sert d'ordinaire dans cette discussion ne sont pas d'une grande valeur. Sans doute, l'Écriture Sainte est, surtout pour le croyant, et dans l'espèce pour le jurisconsulte moraliste, une source de règles, de lois souverainement respectables. Cependant nous ne croyons pas qu'on puisse y découvrir facilement l'expression formelle d'une nullité absolue pour le mariage que contracteraient les enfants mineurs sans le consentement de leurs parents. Aussi, est-ce plutôt pour ne paraître rien négliger que nous citerons rapidement les textes suivants.

L'Écriture Sainte nous fait connaître que c'est aux pères qu'il appartient de disposer des mariages de leurs enfants, et que Dieu n'approuve pas ceux que les enfants font sans leur consentement. En effet, quand elle rapporte les défenses ou les commandements que Dieu faisait aux Israélites touchant le mariage de leurs enfants, elle adresse toujours la parole aux pères. Au chapitre 7 du *Deutéronome*, Dieu dit : « Vous ne donnerez point vos filles aux fils des nations infidèles, ni vous ne prendrez

point leurs filles pour être les femmes de vos fils (1) ». Dans le chapitre 9 de Jérémie, Dieu ordonne aux Israélites qui avaient été transportés à Babylone de marier leurs fils et leurs filles : « *Date filiis vestris uxores, et filias vestras date viris* ». L'Ecclésiastique, suivant ce langage, dit au père de famille : « Ma-» riez votre fille, et vous aurez fait une grande affaire, et don-» nez-lui un homme de bon sens ».

Où voit-on, dans les textes de l'Ancien Testament que nous aurions pu multiplier, mais qui se tiennent toujours, pour ainsi dire, dans la même note d'exhortation morale, une condamnation précise du mariage contracté en dehors de ces conditions ? Est-ce que le texte du *Deutéronome*, par exemple, prouve autre chose que la préoccupation constante qu'avait Dieu de maintenir la nation juive, dont on connaît la destinée providentielle avant le Messie, intacte de tout mélange, de tout alliage avec ceux qu'on appelait alors les infidèles ? Bien plus, si le mariage est défendu par Dieu entre les Israélites et les étrangers, est-ce une raison de conclure qu'entre eux les Hébreux ne pouvaient se marier validement, à moins que les parents, de part et d'autre, n'eussent donné leur assentiment ? De tout cela il résulte, ce que nous n'avons jamais nié, que la loi divine ordonne aux enfants de se laisser conduire dans leurs mariages par l'avis de leurs père et mère, à qui Dieu a commis le soin de pourvoir à leur établissement. C'est ainsi qu'Isaac, Jacob, Samson ne prirent des femmes que selon le choix de leurs parents, et qu'Esaü est blâmé, dans les chapitres 26, 27 et 28 de la *Genèse*, de s'être marié sans le consentement de son père et de sa mère. Mais nous avons précisément remarqué, en invoquant l'autorité de Grotius (2), que cette circonstance n'avait pas empêché que la femme d'Esaü ne fût tenue pour une véritable épouse, et que ses enfants ne fussent considérés comme légitimes.

(1) *Deutéronome*, chap. 7, v. 3.
(2) Voir 1re partie de ce travail.

Dans le Nouveau Testament, on nous objecte St. Paul qui, entre autres déclarations importantes sur le mariage, remet à la disposition et à la volonté d'un père de marier sa fille ou de ne pas la marier, lorsqu'il dit que : « Celui qui marie sa » fille fait bien, et celui qui ne la marie pas fait mieux (1) ». Que prouve ce texte? Que c'est au père principalement que reviennent le droit et la préoccupation de marier sa fille. Qui le conteste? Mais y est-il dit que le fils mineur et pubère qui n'est pas encore marié ne pourra le faire sans le gré de son père; même est-il dit que la fille, mineure et pubère, ne saurait se marier validement, tant que son père ne l'aura pas *donnée en mariage*? Nullement. C'est donc toujours la même idée : sauvegarder l'autorité paternelle, insister sur le respect dû par les enfants; de prohibition absolue, de menace de nullité, aucune trace. D'ailleurs nous pourrions renvoyer au témoignage si énergique de l'évêque Rithovius expliquant St. Paul dans les débats que souleva notre question au Concile de Trente (2) pour établir que rien, dans la doctrine du grand apôtre, ne permet de le faire passer pour le défenseur de la thèse que nous combattons. Au contraire, le souffle de liberté qui anime toutes ses prédications, tous ses écrits, le souci d'assurer à tous cette moralité plus délicate que l'Évangile apportait au monde, le dessein nullement dissimulé de rompre le faisceau tyrannique des vieilles traditions païennes, tout cela, à défaut même de paroles expresses qui ne nous manquent pas, doit contribuer à ranger St. Paul parmi les partisans de la plus grande latitude possible en matière de mariage.

S'il est difficile de tirer de l'Écriture Sainte des arguments décisifs contre la validité absolue du mariage contracté par l'enfant mineur et pubère sans l'agrément de ses parents, il n'est pas plus facile, à notre avis, d'arriver à cette même conclusion au moyen de certains textes conciliaires. Tout d'abord,

(1) I, Corint., VII, v. 38.
(2) V. Pallavicini, *Histoire du Concile de Trente.*

rappelons cette observation importante déjà faite : que le canon d'un Concile, provincial ou national, fût-il convoqué ce concile, par la puissance laïque, est sans aucune espèce de valeur officiellement canonique, tant qu'il n'a pas été inséré au *Corpus* par l'autorité religieuse compétente, c'est-à-dire par un Concile général ou par le Souverain Pontife. Ce principe, vrai à toutes les époques pour le croyant, était et devait être particulièrement admis au moyen âge et surtout dans la période qui le précède, puisque la loi canonique était alors pour le fond l'unique loi du mariage. Cependant, cette réserve une fois faite pour l'affirmation du droit, nous ne nous inquiéterons pas de rechercher, et cela afin de simplifier la discussion, si tel et tel texte que nous commenterons présente bien le caractère d'un document canonique, ou s'il n'est que l'expression d'une règle formulée par une réunion d'évêques sans mandat pour légiférer sur les conditions de validité d'un sacrement.

Cela dit, énumérons et expliquons brièvement les principaux textes qu'on nous oppose.

Le quatrième Concile de Carthage veut que les enfants soient présentés au prêtre de la main de leurs parents, quand ils viendront lui demander la bénédiction nuptiale : *Nuptiis sponsus et sponsa a parentibus offerantur sacerdoti benedicendi* (1). Les auteurs qui invoquent ce texte, lequel nous paraît d'ailleurs absolument muet sur la question de validité ou de nullité du mariage, confondent, ce qui n'est que trop fréquent et ce que nous constaterons souvent, deux choses essentiellement distinctes : le mariage et la bénédiction nuptiale. Nous voulons bien qu'en ces temps primitifs ces deux éléments n'aient pas été aussi nettement séparés qu'ils le sont de nos jours, étant donné surtout le caractère exclusivement religieux qu'avait l'union matrimoniale ; mais il n'en est pas moins incontestable

(1) *C. Carthag.* IV. Canon, 11.

que, jusqu'au Concile de Trente, le mariage, suivant la doctrine du Droit romain, fut un contrat purement consensuel, parfait par le seul échange de volontés des parties. En conséquence, outre que cette bénédiction dont parle le Concile de Carthage pouvait ne pas être le mariage, en admettant même que le mot *benedicendi* signifie le consentement réciproque donné devant le prêtre et béni par lui, il reste toujours, selon nous, une incertitude complète sur la valeur de ces expressions : *a parentibus offerantur*. S'agit-il d'une oblation, d'une présentation toute de convenance ? S'agit-il, de la part des parents, d'une démarche jugée nécessaire pour la validité de ce mariage qui n'est peut-être que la bénédiction nuptiale ? Autant de questions que rien, dans le texte, ne nous impose de résoudre en un sens plutôt qu'en un autre.

Le quatrième Concile d'Orléans, de l'an 541, semble plus affirmatif. Il traite d'impiété la faute que les enfants font en se mariant contre le gré de leurs parents (1) :

Conjugium quod contra parentum voluntatem impie copulatur, velut captivitas judicetur, sed, sicut prohibitum est, non admittatur. Si quis perpetraverit, excommunicationis severitas pro modo piaculi imponatur. Est-ce la nullité absolue qui résulte de ce texte ? Est-ce une simple prohibition sévèrement sanctionnée ? On devra reconnaître qu'il est assez difficile de le savoir. C'est un terme bien singulier que celui dont se sert le Concile, lorsqu'il juge qu'il y a *captivité* dans le mariage consommé contre la volonté des parents. Est-ce que nous nous trouverions déjà en présence de cette assimilation forcée, que nous rencontrerons plus tard, entre le rapt de séduction et le fait de se marier, en minorité, sans avoir consulté ses parents ? Nous avons aussi à remarquer, dussions-nous paraître nous répéter, que là non plus il n'existe aucune limite d'âge. Faut-il croire que cette union impie, *impie copulatur*, que cette captivité, *captivitas ju-*

(1) *C. Aurélian.* IV, canon 12.

dicetur, que cette prohibition, *sicut prohibitum est,* devaient exister durant toute la vie du père dont l'autorité aurait été méconnue, de telle sorte que jamais l'enfant, du vivant de ses parents, n'aurait pu, sans leur agrément, se marier validement ? Nous ne croyons pas qu'on puisse aller jusqu'à ces conclusions extrêmes qui sont pourtant logiques. Enfin, le châtiment infligé au coupable ne permet pas, à notre avis, de soutenir qu'un tel mariage fût absolument nul. Dit-on que les époux devront se séparer, sous peine de continuer un commerce criminel ? En aucune façon. On les punit mais on semble bien laisser subsister leur union. Les rebelles, qui encourent l'excommunication, cesseront-ils d'être légitimement et validement unis ? Encore une fois, le texte est muet, et, à moins de vouloir le violenter, il nous paraît impossible d'en tirer naturellement un argument pour la nullité du mariage.

Le sixième Concile de Paris de l'an 557 excommunie celui qui, par l'autorité du prince, contracte mariage avec une fille, contre la volonté de ses parents : *Ut nullus viduam neque filiam alterius contra voluntatem parentum aut præsumat aut regis beneficio æstimet postulandam* (1). Ce texte prévoit deux cas bien distincts. C'est d'abord l'hypothèse d'un mariage contracté, malgré l'opposition des parents, mariage que le Concile qualifie de rapt. S'il y a un véritable rapt, c'est-à-dire une violation de la liberté physique d'une des parties, nous sortons de notre question ; et la nullité du mariage, loin d'être douteuse pour nous comme si elle ne résultait que du défaut de consentement des parents, est certaine pour tous, à cause de la présence de l'empêchement dirimant de rapt. Si, par un abus de langage déjà signalé, on voit toujours un rapt de séduction dans le fait de se marier contre le gré de ses parents, nous déclarons rejeter cette assimilation arbitraire, et parce qu'elle est inadmissible en soi, nous le démontrerons en son lieu, et surtout parce

(1) *Conc. Paris*, V, can. 6.

qu'elle n'a jamais été acceptée par la législation canonique seule écoutée à cette époque, quand il s'agissait de juger de la validité ou de la nullité du mariage. Donc, de ce premier chef, aucun moyen de conclure sûrement à la nullité du mariage, pour cause de non consentement des parents.

Pour comprendre la seconde hypothèse, celle qui défend de recourir à l'autorité royale dans le but de triompher des parents, il est nécessaire de rappeler quelques notions féodales : « Le père ou les parents de la femme n'ont pas seuls joué un » rôle prépondérant dans l'affaire de son mariage. D'autres » puissances sont souvent intervenues : le roi à l'époque germanique ; le roi ou les seigneurs suzerains au moyen âge.

« Non seulement le roi, en qualité de *mainbour*, (seigneur, » protecteur), d'une fille ou d'une veuve, pouvait avoir à exercer les droits dont je viens de parler ; mais, dans bien d'autres » cas, il étendait son autorité suivant son bon plaisir, et disposait souverainement de la main de telle de ses sujettes, de » tel de ses favoris. C'est le vieux droit du chef de tribus, dont » les rois ont hérité. Dès l'année 614, les grands du royaume » arrachèrent à Clotaire II une renonciation à ce privilège » royal (1) ; mais cette renonciation fut éphémère, car au » moyen âge, le roi de France usa quelquefois du même droit. » La chanson de *Raoul de Cambrai* nous peint certainement un » état de choses réel et non point imaginaire, quand elle nous » montre le roi mariant, malgré elle, Béatrix à Herchambaut » de Ponthieu ; il veut aussi marier Aalais, mais celle-ci résiste » et réussit à garder son veuvage (2).

« Ce droit appartenait aussi à l'empereur d'Allemagne qui, » en 1232, consentit en faveur des bourgeois de Francfort et

(1) « Nullus per auctoritatem nostram matrimonium viduæ vel puellæ » sine ipsarum voluntate præsumat expetire : neque per sugessionis » subreptitias rapientur injuste... Clotarii II prœceptio, art. 7 dans » Fulbeck. *La royauté et le droit royal francs*, p. 332.

(2) Voyez Meyer et Longnon, *Raoul de Cambrai*, IV. XI. 17. 231, 232.

» d'autres localités, à une diminution considérable de ses pri-
» vilèges. Ce prince promit de ne plus contraindre les habitants
» de Francfort à donner leur fille à tel ou tel seigneur de sa
» cour. Il se contentera désormais d'une invitation : la famille
» gardera sa liberté » (1).

Qu'on nous permette de pousser un peu au delà des limites apparentes de notre sujet, cette citation si instructive et si intéressante pour la matière que nous étudions :

«... Quant au roi de France, son droit se perpétua aussi bien
» au delà du moyen âge, et même les derniers débris de cette
» prérogative figurent..... dans les Constitutions impériales
» de 1804 et de 1852.

« C'est en vertu de ce droit royal, que le bon Louis XII obli-
» gea Alain d'Albret de consentir à l'union de sa fille Charlotte
» avec le misérable César Borgia (2). En 1596, Henri IV, gra-
» cieux et charmant comme toujours, destina sa fille naturelle
» Henriette-Catherine, âgée de quelques mois, au fils du con-
» nétable de Montmorency, lui-même au berceau (3). Je ne
» suis pas sûr que le vieux droit monarchique ne donne pas
» ici à la pensée du roi une autorité, qui se cache sous un ai-
» mable enjouement (4).

« Au milieu du XVIIe siècle, le *Style des secrétaires* (*du roy*)
» contient encore plusieurs formules par lesquelles le roi invite

(1) Diplôme pour Francfort dans Bœhmer, *Codex diplomaticus Manofrancofurtanus*, t. 1er, 1836, p. 35.

(2) Voyez *Pélicier* dans *Revue critique*, du 18 février 1884, p. 155.

(3) Berger de Xivray, *Recueil des lettres...* de Henri IV, T. IV, pp. 659, 662.

(4) Remarquons en passant, que la famille de Montmorency semble avoir été traditionnellement destinée à s'unir, de cette singulière façon, à la maison royale. En effet, c'était déjà un Montmorency qui avait épousé la fille naturelle, peut-être adultérine de Henri II, Diane de France, à la suite d'une liaison, que nous raconterons, liaison si touchante en même temps que si honorable pour la pauvre délaissée, Jeanne de Piennes, et où le représentant d'une illustre race joue un rôle si lamentable.

» instamment tel de ses sujets ou de ses sujettes à marier sa » fille à un favori ou à un grand seigneur.

« Au XVIII[e] et jusqu'à la fin de l'ancien régime, le roi ne ma- » rie plus d'autorité les princes du sang, ni les grands du » royaume ; mais ceux-ci ne se marient pas sans son consen- » tement. C'est là une maxime de droit public, universellement » reconnue et très sérieusement appliquée en ce qui concerne » les princes du sang (1)... »

On nous pardonnera cette excursion rapide dans le droit d'une époque qui n'est pas celle dont nous nous occupons plus spécialement en ce moment, à raison de l'intérêt qu'il y avait peut-être à montrer la durée persistante de certaines coutumes étranges. Mais, que l'autorité du roi allât jusqu'à violenter, en quelque sorte, la volonté des contractants eux-mêmes, ou bien que cette autorité n'eût pas d'autre but que de suppléer au refus obstiné des parents, suivant qu'on verra l'expression de l'une ou de l'autre hypothèse dans notre texte, il n'en est pas moins évident que la question de validité ou de nullité du mariage n'y est pas même touchée. Bien plus, prise à la lettre, la déclaration du Concile semblerait indiquer que le consentement des parents n'est pas absolument nécessaire, puisque le bienfait du roi, *beneficium regis*, tenait lieu de l'agrément de la famille. C'est toujours la même idée : simple défense de se marier contre le gré des parents, sans dire si le mariage est nul ou seulement illicite. C'est toujours aussi la même application restreinte aux filles, et cependant le mariage ne devra-t-il pas être valide pour les deux sexes, aux mêmes conditions ? Nous accorderait-on au moins que le fils aurait eu sur ce point une faculté que n'aurait pas eue la fille ? Au résumé, incertitude absolue sur la nature, sur la durée, sur l'étendue de cet empêchement. Ce n'est donc pas, nous paraît-il, avec des déclarations aussi va-

(1) Principe formulé par Lebret au XVII[e] siècle et répété par Durand de Maillane, *Dict. de droit canonique,* t. IX, p. 36. — Viollet, *Précis de l'Histoire...,* p. 349 et seq.

gues qu'on peut arriver à établir un système indiscutable.

Le second Concile de Tours ne reconnaît pas non plus, dit-on, ces sortes de mariages pour légitimes, et il se fonde sur la défense de trois de nos rois de la première race. Nous ne pouvons arriver à comprendre quelle autorité présente aux auteurs qui le citent ce texte conciliaire. N'est-ce pas là un de ces monuments législatifs d'origine suspecte, c'est-à-dire — on ne saurait se méprendre sur notre pensée — nul au point de vue de la valeur canonique? Nous ne sommes pas encore, qu'on le remarque bien, au XVI[e] ni surtout au XVII[e] siècle, époque à laquelle on affirmait plus qu'on ne l'appliquait la théorie du pouvoir royal sur les questions de validité ou de nullité du mariage. Nous ne sommes qu'au VI[e] siècle, et nous croyons difficile qu'on puisse soutenir que les mérovingiens se soient crus en droit de légiférer officiellement sur une matière essentiellement sacramentelle, et dont la réglementation était même au-dessus du mandat restreint d'un concile purement national. Voici d'ailleurs ce texte où, pour notre part, nous ne voyons rien de décisif :

Non solum Childebertus et Clotarius Reges, sed etiam Dominus Charibertus rex successor eorum præcepto roboravit, ut nullus nullam puellam absque parentum voluntate accipere præsumat (1).

Enfin, pour clore ces citations que nous pourrions multiplier et qui se ressemblent toutes, nous apporterons la disposition du troisième Concile de Tolède, qu'on invoque parfois contre nous, mais en la tronquant :

Ut viduæ, si priusquam continentiam profitentur nubere elegerunt, illis nubant, quos propriâ voluntate velint habere maritos, similiter hæc conditio et de virginibus habeatur, ne citra voluntatem parentum vel suam maritos cogantur accipere (2). — Que la veuve qui prend la résolution de se marier, avant d'avoir fait le vœu de continence, épouse celui que sa propre volonté

(1) *Conc. Turon.*, canon 21.
(2) *Conc. Tolet.*, III, canon 10.

l'aura déterminé à choisir pour mari. Il faut de même, lorsqu'il s'agit de marier une jeune fille, qu'on ne la force pas à recevoir un époux, ni contre la volonté de ses parents, ni contre la sienne.

Pourquoi donc certains auteurs ne citent-ils que la dernière partie de ce texte, celle relative au mariage de la jeune fille? Sans doute, pour éviter la complication qu'apporte le début de ce canon où il est parlé des veuves. En effet, bien loin d'éclaircir la question, ce texte augmenterait plutôt la difficulté, puisqu'il semble émettre une différence entre la situation de la veuve et celle de la jeune fille, celle-là pouvant se marier sans le consentement de ses parents, celle-ci devant joindre à son propre consentement l'agrément de sa famille. Que devient alors le canon du Concile de Paris, étudié précédemment, et qui semble exiger pour le mariage de la veuve aussi bien que pour celui de la jeune fille le consentement des parents. On le voit, rien de net, rien de précis ne peut être tiré de ces témoignages qui ajoutent même quelquefois, comme dans le cas présent, la contradiction formelle à l'indécision résultant de déclarations ambiguës (1).

(1) Gibert, dans son *Historica disquisitio*, dont nous avons déjà parlé, accumule tous les textes, profanes et sacrés, canoniques et non canoniques, qui ont trait à la question de la nécessité du consentement des parents pour la validité du mariage de leurs enfants. On peut dire qu'il n'en a omis aucun. Mais, à notre avis, ce luxe d'érudition ne démontre pas, d'une manière irréfutable, ce qu'il veut prouver, savoir : qu'au moyen âge, même aux yeux de la législation canonique, le mariage des enfants n'était valide qu'autant qu'il était accompagné du consentement des parents. Nous rappelons, une fois pour toutes, que nous n'adoptons pas sa conclusion qui nous paraît trop absolue, et que nous nous efforçons de défendre sinon le système entièrement contraire, au moins un système qui aboutirait au doute sur le véritable état de la législation canonique, à cette époque pleine d'obscurités de tout genre.

CHAPITRE III

ÉTUDE DU CANON ALITER.

SOMMAIRE. — Texte et traduction du canon. — Controverse sur le *nisi* ou l'*etiamsi*. — Même avec *etiamsi* le canon *aliter* ne prouve pas la nécessité absolue du consentement des parents pour la validité du mariage des enfants.

Nous voici maintenant en présence du texte le plus important et le plus concluant, au dire de tous les auteurs qui l'invoquent, pour la thèse que nous attaquons. Pothier ne manque pas de le citer, et c'est même le seul texte canonique qu'il apporte, encore bien qu'à dessein ou involontairement il ne le regarde que comme un capitulaire des rois de la seconde race, sans ajouter que toute son autorité dans la question vient de ce qu'il a été inséré au *Corpus juris canonici* (1).

« Il est bien vrai, comme le pensent aujourd'hui les plus
» habiles critiques, que le pape Évariste n'est pas l'auteur de
» cette épitre décrétale ; mais comme elle a été insérée dans
» le Décret de Gratien, l'Église, sans s'embarrasser de discuter
» ou de savoir quel en est l'auteur, a approuvé ce qu'elle con-
» tient, et par conséquent a aussi regardé le Capitulaire de
» Charlemagne, qui n'a fait que la transcrire, non seulement
» comme une loi politique, mais de plus, comme une constitu-
» tion canonique (2) »...

Cette épitre décrétale, désignée ordinairement sous le nom

(1) Pothier : *Traité du contrat de mariage*, nº 323.
(2) *Conférences de Paris*, t. 1, p. 402.

de canon *Aliter*, du premier mot par lequel le canon débute, est extraite du Décret de Gratien, Cause 30[e], Question V. Il faudrait transcrire ici en entier toute cette Question, qui renferme onze canons, la plupart relatifs au mariage, et dont les solutions quelque peu confuses n'expliquent que trop bien le titre qu'avait adopté Gratien : *Concordantia discordantium canonum.* Nous en donnerons successivement quelques-uns des plus significatifs, après avoir discuté tout d'abord l'argument fondamental qui repose sur le canon *Aliter*, dont voici le texte complet :

C. I. *Clandestina conjugia fieri non debent.*

« *Aliter legitimum non fit conjugium, nisi ab his, qui super* » *ipsam feminam dominationem habere videntur, et a quibus* » *custoditur, uxor petatur, et a parentibus, et propinquioribus* » *sponsetur, et legibus dotetur, et suo tempore sacerdotaliter, ut* » *mos est, cum precibus et oblationibus a sacerdote benedicatur,* » *et a paranymphis, ut consuetudo docet, custodita et sociata, a* » *proximis congruo tempore petita legibus detur, ac solemniter* » *accipiatur, et biduo, vel triduo orationibus vacent, et castitatem* » *custodiant* ».

« § *I. Ita peracta legitima scitote esse connubia : aliter vero* » *præsumpta, non conjugia, sed adulteria, vel contubernia, vel* » *stupra, aut fornicationes potius, quam legitima conjugia esse* » *non dubitate, nisi voluntas propria suffragaverit, et vota suc-* » *currerint legitima* ». Voici la traduction, aussi exacte que possible, de ce texte :

« Il ne saurait y avoir de mariage légitime qu'aux conditions » suivantes : l'épouse sera demandée à ceux qui paraissent » avoir autorité sur elle et qui en ont la garde ; ses parents, ses » proches la fianceront, la doteront selon les lois ; au moment » voulu, le prêtre, comme c'est l'usage, récitera des prières, » recevra des présents et la bénira : après que, suivant la cou- » tume, elle aura été gardée par ses compagnes, environnée » par elles, que ses proches au temps opportun auront reçu » la demande, et l'auront donnée conformément à la loi, son

» époux la recevra solennellement, et, pendant deux ou trois
» jours, ils vaqueront à la prière et garderont la continence.
« § I. Sachez que la légitimité du mariage ne résultera que
» de l'accomplissement de toutes ces formalités. Si on a pro-
» cédé différemment, ce n'est plus un mariage, mais c'est l'a-
» dultère, l'union des esclaves, le désordre, la fornication, bien
» plus qu'une union matrimoniale légitime, n'en doutez pas :
» à moins que la volonté propre des époux ne se soit manifestée
» et qu'il n'y ait eu un échange de vœux légitimes. »

Ce qui frappe tout d'abord, à la première lecture de ce texte, c'est que la conclusion en est diamétralement opposée à la thèse que nous attaquons, et, par conséquent, entièrement favorable à celle que nous défendons. Que dit en effet le canon *Aliter* ? Après avoir énuméré, avec un luxe de détails véritablement oiseux et bien peu digne de la précision requise dans un texte juridique, une certaine quantité de formalités qu'il met toutes sur le même pied remarquons-le bien, après avoir déclaré expressément que la légitimité des mariages dépend de la réunion de toutes ces conditions — car il n'est fait aucune distinction — le canon semble dire nettement que le défaut d'une ou de plusieurs de ces formalités sera en quelque sorte couvert par le libre consentement des parties. Peut-on imaginer un argument plus décisif en faveur de la théorie que nous soutenons, théorie que nous avons essayé d'établir quand nous avons traité notre question au point de vue du droit naturel, et aux termes de laquelle la validité essentielle d'un mariage ne devra résulter que de la double habileté, que de la double aptitude, physique et morale, et de la liberté des consentements échangés ?

Nos adversaires ont deux moyens fort simples de sortir de cette difficulté. Ou bien, à l'exemple de Pothier, ils ne citent pas la fin du texte, et le lecteur reste uniquement sous l'impression de cette condamnation absolue, portée par le pape Evariste. Ou bien, à l'exemple de Gibert (1), ils affirment que le

(1) *Historica Disquisitio*, page 73.

texte a été altéré, qu'il faut lire *etiamsi* et non pas *nisi propria voluntas*. Assurément, si le texte doit subir cette rectification, le raisonnement sera tout autre : mais sur quoi se fonde Gibert pour exiger cette lecture si différente ? Sur ce que, avec *etiamsi*, le canon *Aliter* renfermerait une contradiction. Nous pourrions tout d'abord répondre qu'une difficulté d'interprétation n'est pas un motif suffisant pour changer, de son autorité privée, les termes d'une loi. De plus, nous ajouterions que cette prétendue contradiction n'existe pas pour nous, puisque, en définitive, le canon fait consister le mariage dans la présence de ce qui est, à nos yeux, la double condition essentielle de sa validité : le consentement libre, *propria voluntas*, et le consentement légitime, *vota legitima*, c'est-à-dire le consentement donné en conformité aux lois fondamentales de l'union conjugale. Enfin — ce qui doit, à notre avis, faire cesser toute controverse — que porte le texte officiel ? Incontestablement, *nisi* : peu importe, comme le dit Gibert, que d'autres manuscrits plus anciens du *Decretum* donnent la leçon *etiamsi*. De même que la fausse attribution au pape Evariste d'une compilation qui, en réalité, est l'œuvre de Benoît le Lévite ou du Pseudo-Isidore, (nous n'avons pas à examiner cette controverse), n'empêche pas que cette compilation, dans celles de ses parties insérées au *Corpus*, n'ait une autorité canonique ; de même la leçon *nisi*, peut-être contraire en fait au texte original qui porterait *etiamsi*, n'en doit pas moins être préférée en droit à la leçon véritable, si c'est *nisi* et non pas *etiamsi* qu'ont adopté les correcteurs romains, chargés par l'autorité pontificale de réviser les textes et d'en préparer la publication officielle.

Aussi n'est-ce pas sans étonnement que nous voyons un auteur considérable, Le Merre, avocat au Parlement, dans un savant traité composé *ex professo* sur la question qui nous occupe, s'exprimer de la sorte : « ... On lit ordinairement, *nisi* » *voluntas propria suffragata fuerit* (à moins que le consente- » ment des parties n'ait en quelque sorte couvert toutes ces

» nullités.....), comme il y a dans Gratien, Cause 30e, Ques-
» tion V ; mais il faut lire *etiamsi voluntas propria*... Le sens y
» est beaucoup plus parfait, et les anciens manuscrits y sont
« conformes... »

« Le Conte, dans ses remarques sur l'Ordonnance de Henri II
» contre les mariages clandestins (1), rapporte cette lettre avec
» cette correction de *etiamsi*... Il dit qu'il a suivi un ancien
» manuscrit qu'il cite... (2) »

Mais, encore une fois, a-t-on le droit de changer un mot à un document authentique, officiel, à un texte législatif, sous prétexte que le *sens est beaucoup plus parfait*, et que *d'anciens manuscrits sont conformes* à cette modification ? Que penserait-on du jurisconsulte qui donnerait à une loi du *Digeste* une signification absolument opposée à celle que le texte approuvé par les commissaires de Justinien permet de soutenir, et cela parce qu'un manuscrit plus ancien, de Paul par exemple, porte une leçon différente de celle du *Corpus* ? Ne serait-ce pas là le cas de redire, avec le proconsul romain Pilatus, si attaché au respect de la lettre : *Quod scripsi, scripsi* : ce qui est écrit est écrit ? Or, la valeur législative a été accordée par l'autorité compétente au texte *nisi* ; c'est donc uniquement sur ce mot que doit s'établir la discussion.

Nous pourrions déjà conclure, en écartant du débat ou plutôt en prenant pour nous, à titre d'argument très sérieux, la lettre d'Évariste. Cependant, malgré le défaut absolu d'autorité que présente le canon *Aliter* si on maintient, contre toute espèce de droit, la rectification *etiamsi*, nous consentons à discuter, même avec cette leçon, et nous demandons à nos adversaires ce qu'ils peuvent logiquement en conclure pour la thèse géné-

(1) Nous suivrons le savant commentaire de Le Conte, quand nous étudierons l'ordonnance de Henri II, rendue en 1556, et si importante pour notre matière.

(2) Le Merre, avocat au Parlement : Justification des usages de France sur les mariages des enfants de famille, faits sans le consentement de leurs parents. Paris, 1687, p. 129.

rale de la nécessité du consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs.

Voici comment Le Merre prouve que Gratien tenait pour la nullité de ces sortes de mariage : « Gratien était persuadé que » cette lettre d'Évariste établit clairement la nullité des maria- » ges des enfants de famille faits sans le consentement de leurs » parents. Après avoir prouvé cet ancien usage par le témoi- » gnage de St. Léon, il ajoute : *Cum ergo dicitur paterno arbi-* » *trio junctæ viris, datur intelligi quod paternus consensus desi-* » *deratur in nuptiis, nec sine eo legitimæ nuptiæ habeantur, juxta* » *illud Evaristi Papæ : Aliter non fit legitimum conjugium, nisi* » *a parentibus tradatur* » (1).

Il nous faut toujours revenir aux mêmes réponses nécessitées par les mêmes déclarations vagues et indéterminées : *junctæ viris*, il ne s'agit donc tout au plus que des filles. De quel droit généraliserait-on ? L'*a fortiori* qui se comprendrait à la rigueur, si la loi s'appliquait aux fils, est inadmissible dans l'hypothèse où la loi vise directement les filles. Il y a pour celles-ci une raison de haute convenance qu'on ne saurait invoquer au même degré pour les fils, et qui explique, qui exige même, jusqu'à un certain point, l'intervention des parents dans le fait de leur mariage. L'éternelle question est de savoir si cette haute convenance est suffisamment respectée par le conseil demandé au père, à la mère, ou s'il faudra de plus que cet agrément du père soit considéré comme une condition essentielle de la validité du mariage. Il ne semble pas d'ailleurs que, même pour la fille, le consentement du père soit requis de nécessité absolue, car le texte dit : *desideratur paternus consensus*. Est-ce trop épiloguer sur les mots de ne voir ici que l'expression d'un souhait, d'un *désir* ? Et ce *consensus paternus*, qui ne comprend nullement celui de la mère, n'est-ce pas une application de la vieille théorie romaine de la *patria potestas*, de laquelle

(1) Le Merre : pages 130 et s,

relevait, non pas *le* mariage, mais *une* espèce particulière de mariage, qui n'excluait pas les autres modes d'union matrimoniale, parfaitement valides, et même légitimes, en ce sens qu'ils étaient reconnus par la loi? Par conséquent, les *nuptiæ*, qui ne sauraient être *legitimæ* sans le consentement paternel, sont, nous le voulons bien, les *justes noces* des Romains ; mais rien dans le texte ne nous empêche de croire que cette absence de légitimité civile, arbitraire, laissait subsister néanmoins, devant Dieu, devant l'Église chrétienne, cette union matrimoniale, vraiment humaine par son application universelle, que nous avons appelée le mariage chrétien ou le mariage du droit des gens. Faut-il répéter que le texte ne renferme aucune fixation d'âge après lequel la fille jouirait d'une juste liberté, ce qui est inadmissible même pour la fille de famille, et à plus forte raison pour le fils de famille ? Faut-il remarquer enfin qu'il n'est pas jusqu'au mot *tradatur* qui ne trahirait le caractère étroit, nous allions dire barbare, d'une législation inconciliable avec la liberté apportée par le christianisme, puisqu'on peut y voir une allusion à cette antique mancipation, à cette vente, à cette livraison de la femme en mariage, cérémonial sauvage, d'une mise en scène presque inhumaine, qu'on retrouverait dans la tradition germaine, dans la transmission par une vente fictive du *mundium* c'est-à-dire du droit sur la personne de la femme ?

Pour toutes ces raisons, il nous est impossible de partager l'avis de Le Merre, et de voir dans ce texte la condamnation formelle, à peine de nullité absolue, du mariage contracté par l'enfant de famille, sans le consentement de ses parents.

La plupart des réflexions précédentes qui ont eu surtout en vue la glose de Gratien, s'appliqueraient au canon *Aliter* lui-même : nous nous contentons de cette observation qui nous paraît décisive contre le parti qu'on voudrait tirer de ce texte, en faveur de la thèse que nous combattons.

Si la condition du consentement des parents est absolument

nécessaire à la validité du mariage des enfants de famille, d'après la lettre d'Evariste, il doit en être de même de la nécessité des autres conditions énumérées dans le texte, car il n'est fait aucune distinction entre les unes et les autres. Donc, il faudra dire qu'il est de l'essence d'un mariage valide qu'il y ait des fiançailles, consenties non seulement par les parents mais par les proches, *et propinquioribus sponsetur* ; qu'il y ait une dot, *legibus dotetur* ; qu'il y ait une bénédiction nuptiale, *a sacerdote benedicatur*, (ce qui n'a jamais été et n'est pas encore de l'essence du mariage) etc. etc. On n'a pas le droit, en effet, de détacher, en quelque sorte, une des conditions exprimées, et de lui attribuer une force, ce que nous appellerions une vertu d'annulation, qu'on refuse à d'autres conditions comprises, sans la moindre différence, dans la même énumération. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Gibert (1) a bien senti l'objection, et il s'efforce de la détruire, en établissant des distinctions. Telle condition, dit-il, est une pure formalité accidentelle ; telle autre, au contraire, implique la question de validité ou de nullité absolue. Cette manière d'argumenter est plus ingénieuse que logique ; elle autorise le raisonnement tout à fait contraire, et a de plus le grand tort, à notre avis, de violer le sens et l'esprit de la loi. Qui nous empêche de dire à notre tour : puisqu'il y a évidemment, dans ce texte, certaines conditions qu'on ne saurait exiger à peine de nullité, pourquoi toutes les conditions demandées n'auraient-elles pas ce même caractère de simple prohibition, alors surtout que ce qui constitue l'essence du mariage se retrouverait dans l'existence d'un consentement libre et dans l'échange de promesses, réciproques et conformes aux lois, *nisi propria voluntas suffragaverit et vota succurrerint legitima* ? En résumé, ce texte ne prouverait rien, ou il prouverait trop ; nous croyons qu'il est difficile de sortir de ce dilemme.

(1) *Historica Disquisitio*, page 63.

Nous pouvons d'ailleurs appuyer notre interprétation et notre conclusion sur l'avis autorisé qui se produisit, au sein du Concile de Trente, relativement au sens du canon *Aliter*.

« Quelqu'un avait voulu conclure d'une loi du pape Évariste, » contenue dans le canon *Aliter*, que ce pontife avait tenté » d'introduire *la même nouveauté* (de faire dépendre la validité » du mariage des enfants du consentement des parents). Mais » les plus habiles canonistes entendaient par là que ces sortes » de mariages étaient déclarés illégitimes, c'est-à-dire contraires » aux dispositions canoniques ; mais qu'ils n'étaient pas nuls » pour cela, comme le pensait aussi St. Augustin, cité dans le » dernier canon (C. 28. Q. I). Que si Évariste les traite d'adul- » tères et de concubinages, on devait l'entendre, comme l'en- » tendait Gratien dans le dernier canon de la même question, » c'est-à-dire que c'étaient des occasions d'adultères et de con- » cubinages, en donnant la facilité de passer à des seconds ma- » riages, qui étaient nuls de plein droit... » (1)

(1) Discours de Constantin Bonelli, évêque de Citâ-di-Castello. Pallavicini. Livre II, Chap. IV § 17.

CHAPITRE IV

ANALYSE DES AUTRES TEXTES DU CORPUS JURIS CANONICI.

SOMMAIRE. — Autres canons cités par Gratien. — Le canon *Sufficiat.* — Le canon *Cum causam.* — Le canon *Per tuas litteras.* — La légitimité du mariage ne dépend pas du consentement de la famille. — Allusion à deux mariages historiques auxquels les principes du droit canon ont été appliqués.

Citons rapidement les canons ou lois qui suivent, dans cette même Question V de la Cause 30e du Décret ; nous verrons qu'on n'en peut rien tirer de précis ni de concluant sur la question de nullité qui nous occupe.

C. II. Nuptias occultas celebrare non licet. Item ex decretis Hormisdæ Papæ. *C. 6. Nullus fidelis, cujuscunque conditionis sit, occulte nuptias faciat, sed benedictione accepta a Sacerdote, publice nubat in Domino.*

Ce n'est certes pas dans ce texte, dont le silence serait plutôt significatif en notre faveur, qu'on verrait une preuve de la nullité du mariage contracté par l'enfant de famille sans le consentement de ses parents.

C. III. Nuptiæ publice celebrari debent.

Item Nicolaus ad consulta Bulgarorum cap. 3. Nostrates tam mares quam fœminæ non ligaturam auream, vel argenteam, aut ex quolibet metallo compositam, quando nuptialia fœdera contrahunt, in capitibus deferunt : sed post sponsalia, quæ futurarum sunt nuptiarum promissa, fœdera quoque consensu eorum, qui hæc contrahunt, et eorum in quorum potestate sunt, celebrantur ;

et postquam arrhis sponsam sibi sponsus per digitum fidei annulo insignitum desponderit, dotemque utrique placitam sponsus ei cum scripto pactum hoc continente coram invitatis ab utraque parte tradiderit (aut mox, aut apto tempore, ne videlicet ante tempus lege definitum tale quid fieri præsumatur) ambo ad nuptialia fædera perducuntur : et primum quidem in Ecclesia Domini cum oblationibus, quas offerre debent Deo per sacerdotis manum, statuuntur, sicque demum benedictionem, et velamen cœleste suscipiunt.

Item § *1 : Hæc sunt, prœter alia, quæ ad memoriam non occurrunt, pacta conjugiorum solemnia. Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fædere non interveniant, non dicimus, quemadmodum Græcos vos astruere dicitis.*

Nous ne traduisons de ce texte, que nous n'avons reproduit *in extenso* qu'afin d'en montrer le véritable caractère, que les passages qui ont trait directement à notre question : ... *fœdera quoque consensu eorum qui hæc contrahunt, et eorum in quorum potestate sunt celebrantur — de plus ces unions sont célébrées du consentement de ceux qui les contractent, et de ceux en puissance desquels se trouvent ceux qui les contractent.*

Et surtout le § I, que bon nombre d'auteurs passent sous silence, comme ils avaient omis la fin du texte d'Évariste : *Telles sont, et nous en omettons d'autres qui ne nous reviennent pas en mémoire, les formalités solennelles des mariages. Cependant nous nous gardons bien de dire, ainsi que d'après vous l'affirment les Grecs, qu'il y ait péché, si toutes ces conditions, sans exception ne se retrouvent pas dans chaque mariage.*

Pour bien comprendre la portée de ce canon, il faut en connaître l'origine. Les Bulgares, qui faisaient partie du rit grec, avaient demandé à être instruits des usages de l'Église romaine, mère et maîtresse de toutes les églises du monde catholique. Le Pape de cette époque — nous sommes au IXe siècle — Nicolas Ier, rédigea une longue instruction, où sont groupés et expliqués les points les plus importants de la discipline de l'Église latine, et

parmi ceux-ci les usages relatifs au mariage. Nous ne nions pas qu'il n'y soit question du consentement de ceux en puissance desquels sont les futurs époux ; mais cette condition fait partie d'une longue énumération, qui ressemble fort à celle d'Evariste, et où se rencontrent des formalités que personne n'oserait dire avoir été exigées à titre de nullité. Par ailleurs, Nicolas I[er] n'ajoute même pas, à l'exemple d'Évariste, que le mariage, contracté au mépris de l'accomplissement d'une ou de plusieurs de ces conditions, sera entaché de la moindre nullité. Bien plus, il déclare que, contrairement à l'opinion des Grecs, la réunion de toutes ces formalités n'est pas requise à peine de péché, encore moins de nullité du mariage. Que nous importe, après cela, au point de vue de l'authenticité de la loi canonique, ce qu'ont pensé les Églises grecques, ce qu'ont écrit et dit même des Pères de l'Église de ce rit, comme St. Basile, St. Chrysostome et d'autres qu'on pourrait nous opposer! Malgré leur autorité personnelle, tant que leurs textes n'ont pas été insérés au *Corpus*, ces déclarations, si formelles qu'elles soient, sont sans valeur législative. Or l'autorité qui seule à cette époque avait le droit d'édicter une loi générale, ne se prononce pas d'une façon nette pour la nullité du mariage contracté en dehors de l'agrément des parents.

Nous objectera-t-on que ce même Pape Nicolas I[er] avait conclu, dans une lettre adressée au roi Charles-le-Chauve, à la nullité du mariage contracté par la fille de ce roi avec le comte Baudoin, ainsi que le dit M[e] Le Merre (1) « suivant les lois sur » la nécessité du consentement des pères pour la validité du » mariage de leurs enfants ». L'étude détaillée de l'espèce montrerait que la difficulté est loin d'être insoluble.

Mais, pourrait-on ajouter, si le Pape Nicolas I[er] n'exige aucune condition sous peine de nullité, on devrait aller jusqu'à dire logiquement que le mariage sera valide dans le cas où toutes

(1) M[e] Le Merre : *Justification...* p. 137.

les formalités manqueront, même si les époux futurs ne donnent pas leur consentement. Est-ce admissible ? Non, assurément ; et nous avons un texte qui nous sert à compléter la pensée du Pape ; c'est le canon II *Sufficiat*, au même Décret de Gratien, Cause 27e, Question II, ainsi conçu :

Sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur. Qui consensus si in nuptiis solus forte defuerit, cætera omnia etiam cum ipso coïtu celebrata frustrantur. — Il suffit que, conformément aux lois, existe seul le consentement de ceux dont il s'agit de régler le mariage. Que si par hasard cet unique consentement fait défaut dans les noces, toutes les autres solennités, suivies même de cohabitation, sont vaines.

Voilà, ce me semble, la vraie et pure doctrine canonique relativement à notre question. Seul, le consentement des époux est nécessaire pour la validité du mariage, et rien, absolument rien, pas même la réunion de toutes les autres cérémonies, ne saurait suppléer à ce défaut de consentement. N'est-ce pas là comme une preuve évidente de l'exactitude, sinon originelle, au moins doctrinale, de la leçon *nisi* que nous avons maintenue dans le canon *Aliter* ? Et nous voulons dire par là que le canon de Nicolas Ier n'est pas autre chose que la reproduction de la théorie de la lettre du Pape Evariste. En effet, enseigner avec Evariste que l'absence de toutes ces formalités infinies qu'énumère le canon *Aliter* peut être suppléée par l'unique consentement des parties n'équivaut-il pas à cette déclaration formelle de Nicolas Ier que seul le consentement des parties suffit, et que tout le reste ne peut tenir lieu de cette condition essentielle ?

Nos adversaires, et en particulier Me Le Merre et Gibert, ont parfaitement compris la portée décisive de cet argument, et ils s'efforcent d'en atténuer l'énergie par des explications, à notre avis, plus subtiles que fondées :

« ... Après avoir expliqué à ces peuples (aux Bulgares), les » solennités ordinaires dans la célébration des mariages, il

» (Nicolas Ier) dit qu'on peut en obmettre quelques-unes même » sans péché, et qu'il n'y a que le consentement de ceux qu'on » veut marier qui soit nécessaire : *Peccatum autem esse si hæc » cuncta in nuptiali fædere non interveniant, non dicimus : suffi- » ciat secundum leges solus eorum consensus, de quorum con- » junctionibus agitur...* »

« Ce texte (*Sufficiat*) ne prouve pas que le Pape Nicolas Ier » a cru que le consentement des parents n'est pas nécessaire » pour la validité du mariage de leurs enfants. Ces paroles peu- » vent souffrir plusieurs explications. Le mot *solus*, qui en fait » la difficulté, ne signifie pas qu'il n'y a point d'autres personnes » dont le consentement soit nécessaire pour la validité du » mariage, mais il marque seulement que de la part de ceux » qui contractent, il n'y a point d'autres choses nécessaires » que leur consentement, signifiant par là que le mariage est » valide, quoiqu'il ne soit pas consommé. Cette interprétation » est fondée sur le chapitre d'où l'on tire l'objection. Le Pape » ne dit pas : *Sufficiat solus eorum consensus de quorum con- » junctionibus agitur*. Il dit : *Sufficiat solus eorum consensus, de » quorum conjunctionibus agitur*. La particule exclusive dans » la première proposition signifierait qu'il n'y a point d'autres » personnes dont le consentement soit nécessaire pour la vali- » dité du mariage ; mais dans la dernière, ce mot, *solus*, » signifie seulement que de la part de ceux qui contractent, il » ne faut que leur consentement, afin que le mariage sub- » siste... » (1).

Maître Le Merre était avocat, ce qui, dans notre pensée, avons-nous besoin de le dire, ne signifie pas autre chose qu'il était profondément ingénieux et habile dans ses argumentations. Il avait peut-être eu le grand avantage de voir Molière lui-même représenter devant lui le *Bourgeois Gentilhomme* (2).

(1) Le Merre : *Justification*... p. 153.

(2) *Le Bourgeois Gentilhomme* parut en 1670 et l'ouvrage de Le Merre est de 1687.

Après avoir entendu Boileau lui dire, au sujet de Malherbe :

D'un mot mis en sa place enseigna le pouvoir (1), il avait pu juger comment Molière traduisait comiquement ce précepte littéraire dans son fameux : *Belle Marquise...*

Le Merre poursuit :

« Le témoignage de St. Jean Chrysostome qui est après, con- » firme que cette interprétation est le véritable sens de ce » chapitre, et que le Pape Nicolas Ier par ces paroles : *Suffi-* » *ciat...* enseigne aux Bulgares que la consommation du » mariage n'est pas nécessaire, afin qu'il soit valide : *Joanne* » *Chrysostomo magno Doctore testante, qui ait : matrimonium* » *non facit coïtus, sed voluntas...* »

Nous ne croyons pas indispensable à notre thèse de chercher à établir, plus ou moins péniblement, la contre-partie possible de cette discussion plus grammaticale que juridique. Quand même nous admettrions — ce qui ne nous paraît pas absolument démontré — qu'il n'est question dans le canon *Sufficiat* que du simple consentement en opposition avec la cohabitation effective, il n'en resterait pas moins à prouver, d'une manière irréfutable, que ce consentement, qui suffit de la part des futurs époux, doit être accompagné du consentement des parents, pour que le mariage soit valide. Au canon *Sufficiat* qui, nos adversaires doivent le reconnaître, s'il n'est pas pour nous, n'est pas non plus contre nous, nous opposons le canon *Nostrates*, du même Pape Nicolas Ier, et dont l'interprétation, nous pensons l'avoir établi, nous est favorable. En effet, dire qu'il n'y a pas de péché, si l'une quelconque des formalités, parmi lesquelles se trouve indiquée celle du consentement des parents, n'est pas observée, c'est par là même reconnaître que ce consentement des parents n'est pas rigoureusement essentiel à la validité du mariage. Au lieu d'épiloguer sur le vrai sens, sur la vraie place du mot *solus*, qui donne au canon *Sufficiat* une tout

(1) Art poétique de Boileau : Chant. I. vers 134. Boileau mit cinq ans à composer l'*Art Poétique* qui parut en 1674.

autre signification que le mot *tantum*, Me Le Merre aurait bien dû nous dire comment un mariage nul, d'après lui, faute du consentement des parents, peut cependant avoir été conclu sans péché, d'après la doctrine du Pape Nicolas Ier. Nous comprendrions à merveille qu'il y eût tout à la fois faute, péché et mariage invalide, la culpabilité entraînant une sanction qui est comme la conséquence obligée d'un acte illicite ; mais il nous est impossible d'arriver à concilier ces deux idées : un acte radicalement nul, parce qu'il est souverainement répréhensible, (ces deux caractères ne peuvent pas être séparés dans l'hypothèse présente), et pour cet acte nul et blâmable, qui intéresse au plus haut point la conscience, pas même le châtiment du péché théologique. Le Pape Nicolas Ier aurait annulé le mariage contracté par l'enfant de famille, sous le prétexte assurément que cette désobéissance constituait la plus grande offense à l'autorité paternelle ; et néanmoins ce même Pape aurait pris soin de déclarer implicitement qu'il n'y a pas, dans cette révolte, le moindre péché ! Ce n'est pas à nous à expliquer cette contradiction qui résulterait, à notre avis, du système que nous combattons.

Canon V. Quomodo sponsus et sponsa ad benedictionem accedant.

Sponsus et sponsa cum benedicendi sunt a sacerdote, a parentibus suis, vel a paranymphis offerantur...

Nous reproduisons ce canon pour montrer qu'on ne peut raisonnablement tirer aucun parti, en vue de l'exigence du consentement des parents, de cette oblation prétendue nécessaire de l'époux et de l'épouse par les membres de la famille. En effet, s'il s'agissait, dans ce texte et dans d'autres semblables, d'une condition essentielle au mariage, il est incontestable qu'à défaut des parents cette condition n'aurait pas à être remplie par cette catégorie de compagnons de l'époux, de compagnes de l'épouse, désignée sous le nom de *paranymphis*. Donc, mettre sur le même pied, quant au degré de participation au ma-

riage, et les parents et les amis, selon la pensée littérale du texte, c'est avouer que la présence des uns et des autres ne fait pas, en quelque sorte, partie intégrante du contrat.

C. VI. Sine publicis nuptiis nullus ducat uxorem.

Nullum sine dote fiat conjugium : juxta possibilitatem fiat dos : nec sine publicis nuptiis quisquam nubere vel uxorem ducere præsumat. — Aucun mariage ne devra se faire sans dot, qui sera proportionnée aux ressources. Que personne ne se permette de se marier ou de prendre femme, sans célébrer publiquement ses noces.

On pourrait se demander la raison qui nous fait citer ce texte, où notre question n'est pas même touchée. Nous voulons surtout attirer l'attention sur la note qu'y ajoute Gratien, et qui est ainsi conçue :

His omnibus auctoritatibus occultæ nuptiæ prohibentur : atque ideo cum contra auctoritatem fiunt nuptiæ, pro infectis haberi debent. — Par toutes ces autorités se trouvent condamnés les mariages secrets : en conséquence, les mariages célébrés contre ces prescriptions doivent être tenus pour nuls.

D'où il résulterait, si on prenait l'annotation de Gratien à la lettre, que les mariages secrets, clandestins — c'était tout un dans la pensée de Gratien, on devra les distinguer plus tard, — étaient déjà nuls à son époque (*pro infectis haberi debent*). Or, cela est absolument inadmissible. Jusqu'au Concile de Trente, le moindre doute n'est pas possible, les mariages clandestins, c'est-à-dire les mariages célébrés sans aucune espèce de publicité, étaient parfaitement valides. Gratien ne pouvait l'ignorer ; et, en prononçant de son autorité privée la nullité de ces sortes d'unions, il ajoutait au canon qui ne renferme rien de semblable. Par conséquent, et c'est là ce que nous entendions accentuer, lorqu'on nous dira que Gratien condamne, déclare nul, par exemple, le mariage de l'enfant de famille contracté sans le consentement de ses parents, nous saurons ce qu'il faut penser de la valeur de cette nullité, qu'il attache, contre tout droit, à des unions inattaquables. Ou bien Gratien a commis une

grossière erreur, qui atténue singulièrement l'autorité de ses décisions personnelles ; ou bien sa langue juridique est d'une regrettable incorrection, puisqu'elle qualifie de *non fait*, de non existant, ce qui existe réellement.

D'ailleurs le canon IX[e] nous donne immédiatement la preuve que Gratien concluait, sans aucune espèce de droit, à la nullité des mariages clandestins.

C. IX : *Hinc etiam in Novellis. Si quis divinis tactis Scripturis juraverit mulieri, legitimam se eam uxorem habiturum, vel si in oratorio tale sacramentum dederit, sit illa legitima uxor, quamvis nulla dos, nulla scriptura alia interposita sit. — Si quelqu'un, la main sur les divines Ecritures, jure à une femme qu'il la prendra pour sa légitime épouse, ou bien, si dans un oratoire il fait un serment pareil : que cette femme soit sa légitime épouse, bien qu'il n'y ait pas eu de dot, et qu'on n'ait fait intervenir aucun autre écrit.*

Voici maintenant l'annotation dont Gratien fait suivre ce texte. Il nous semble difficile qu'on puisse, à quelques lignes de distance, se contredire d'une façon plus formelle :

Conjugia, quæ clam contrahuntur, non negantur esse conjugia, nec jubentur dissolvi, si utriusque confessione probari poterunt ; verumtamen prohibentur, quia mutata voluntate alterius eorum, alterius confessione fides judici fieri non potest. Unde publice, cum alterius vota in alteram partem se transtulerint, pro priori conjugio, quod judici incertum est, sententia ferri non poterit... — Les mariages contractés clandestinement sont, on ne le nie pas, de vrais mariages : et on ne donne pas l'ordre de les dissoudre, si l'aveu des deux époux peut faire preuve de leur existence. Cependant ils sont défendus, parce que, si l'une des parties change de volonté, la déclaration de l'autre ne suffit pas à éclairer la conscience du juge. D'où il résulte que, si l'un des époux contracte une autre union, le juge ne pourra pas se décider publiquement en faveur du premier mariage, qui est pour lui chose incertaine.

Mais que devient alors l'annotation de ce même Gratien sous le canon VI[e], où il est dit que le mariage clandestin doit être considéré comme non avenu ? Et remarquons que cette contradiction flagrante n'était pas dans les textes canoniques. Pas plus dans le canon VI[e] que dans le canon IX[e] la nullité n'était prononcée contre les mariages clandestins. C'est Gratien qui, sans motif apparent et même au mépris du texte qui était muet sur la nullité, annulait, en conséquence du canon VI[e], des mariages qu'il déclarait valides, en conséquence du canon IX[e]. Il faut avouer que Gratien, avant d'établir la concorde entre des canons qu'il n'a pas faits, aurait bien dû la ménager entre des annotations dont il est l'unique auteur !

Pour ce qui regarde spécialement la question du mariage de l'enfant de famille contracté sans le consentement de ses parents, il nous parait que le canon IX[e] est un argument décisif en faveur de la liberté des unions matrimoniales. Et en effet, la loi canonique exige-t-elle d'autre condition essentielle que l'échange des consentements des futurs époux ? Nullement. Il suffira de jurer sur les Écritures, c'est-à-dire de jurer sérieusement à une femme qu'on la prend pour légitime épouse, pour que le mariage soit valide. Sans doute, et Gratien a raison de le dire, ce mariage secret, clandestin, sera défendu, à cause de la difficulté de la preuve. Sera-t-il nul, invalide ? Le canon dit expressément le contraire : de sorte que, dans cette même *Question V*[e], où l'on prétendait trouver un argument irréfutable pour annuler le mariage contracté au mépris de l'autorité paternelle, nous rencontrons une loi uthentique qui nous permet de conclure, sans forcer le texte à la validité de ce même mariage, et, pour surcroît de lumière, un commentaire de l'auteur même du Décret, qui consacre, au sujet de notre question, la distinction fondamentale à faire entre ce qui serait absolument nul et ce qui est purement illicite, prohibé, quoique valide.

Nous pourrions arrêter là l'étude des textes canoniques, si

nous ne jugions utile à une plus entière démonstration de notre thèse l'examen de plusieurs *Décrétales*, dont la doctrine juridique nous paraît une confirmation nouvelle de l'opinion que nous défendons.

C'est d'abord le chapitre VI *Cum causam*, extrait d'une *Décrétale* de Lucius III, rendue à Rome en l'an 1181 (1), et dont nous donnons le texte intégral pour qu'on puisse bien comprendre la nature de l'espèce proposée et le sens de la doctrine juridique que nous en tirerons :

Caput sextum. Raptus non dicitur, ubi volens pro matrimonio adducitur : raptor tamen cum rapta matrimonium contrahere potest : et post consummationem matrimonii alter sine consensu alterius religionem ingredi non potest.

Lucius III, Burgen. Episcopo (an. 1181, Roma) Cum causam, quæ inter E. militem et uxorem ejus vertitur, tuæ commisissemus experientiæ terminandam : Respondemus, quod cum ibi raptus dicatur admitti, ubi nil ante de nuptiis agitur : ille raptor dici non debet, cum habuerit mulieris assensum, et prius eam desponsaverit, quàm cognoverit, licet parentes reclamarent, a quibus eam dicitur rapuisse. Præterea cum post matrimonium carnis commixtione perfectum (teste Apostolo) uxor sui corporis potestatem non habeat, sed maritus, et e converso : si præcessisse matrimonium, vel ex probationibus viri, vel ex mulieris confessione claruerit, post matrimonium sine assensu viri non potuit ipsa monasterium ingredi, aut aliter continentiam profiteri. Non ergo pro eo, quod post matrimonium consummatum rapta per vim in monasterio fuerit, viri poterit consortium declinare, maxime si probari nequeat virum, ut mulier profiteretur continentiam, assensisse (2).

(1) *Décrétales*, livre V, titre XVI, chapitre VI.

(2) Chapitre VI.

Il n'y a pas rapt, lorsque c'est volontairement qu'on se laisse entraîner au mariage. Toutefois, le ravisseur peut contracter mariage avec la per-

De ce texte ressortent plusieurs conséquences importantes, qu'il nous faut relever :

1° Ainsi, il n'y a pas rapt, lorsque la personne ravie est enlevée de son plein consentement. Cette affirmation catégorique nous paraît difficilement conciliable avec la théorie du rapt de séduction, ou comme l'appelle Étienne Pasquier, du rapt *in parentes*, dont il sera tant usé et abusé, principalement à la fin de notre ancien Droit. Et par cette remarque, nous n'entendons nullement nier l'existence, aux yeux de la loi canonique, du rapt de séduction ; nous voulons seulement protester contre cette assimilation, forcée en fait le plus souvent et toujours inexacte en droit, qui consiste à voir le rapt de séduction, toutes les fois qu'il y a mariage d'un mineur contre la volonté des parents. Sur ce point, ce texte est formel : *Celui-là ne doit pas être qualifié de ravisseur qui a obtenu l'assentiment de la femme, et qui l'a épousée, encore bien que les parents de la femme réclament...* assurément parce qu'ils n'ont pas été consultés.

sonne qu'il a enlevée, et après la consommation du mariage, l'un des époux ne peut, sans le consentement de l'autre, entrer en religion.

Décrétale du Pape Luce III à l'évêque de Burgos, en l'an 1181.

Puisque la cause pendante entre le soldat E. et son épouse, avait été confiée par nous à ta haute expérience pour être tranchée, voici quelle est notre réponse : étant donné qu'on doive admettre le rapt là où préalablement il n'a pas été question de mariage, celui-là ne doit pas être appelé ravisseur, qui a obtenu l'assentiment de la femme, et qui l'a épousée avant d'avoir eu des relations avec elle, et cela malgré la réclamation des parents auxquels il passe pour avoir ravi leur enfant. De plus, comme, après le mariage devenu parfait par la consommation, la femme n'a pas la disposition de sa personne, mais le mari, et réciproquement ; comme en outre, l'existence du mariage est prouvée de la façon la plus claire, ou par le mari, ou par l'aveu de la femme, après le mariage et sans le consentement du mari, la femme n'a pas pu entrer dans un monastère, ou faire de quelque autre manière vœu de continence. En conséquence, la circonstance que, après le mariage consommé, elle a été enlevée violemment et placée dans un monastère, ne permet pas à cette femme de refuser d'habiter avec son mari, surtout si elle est incapable de démontrer que son mari a donné son consentement à cette profession, à ce vœu de continence.

2° Où notre texte va-t-il chercher les éléments essentiels du mariage ? Est-il un instant question de la nécessité du consentement des parents, dont l'autorité cependant a été doublement et gravement méconnue, puisqu'il y a eu rapt, au moins matériel sinon formel de la part de l'époux, et assentiment ultérieur donné par l'épouse à cette union inaugurée en quelque sorte par la violence ? Nullement : la vérité du mariage repose et sur les preuves que fournira le mari et sur l'aveu de la femme. Avec cela, le mariage est inattaquable ; et cette fille, qu'on a enlevée à ses parents, qui s'est associée à ce premier acte de mépris de l'autorité paternelle en consentant au mariage, sans demander l'avis de ses parents, ne peut pas, lors même qu'elle le voudrait pour suivre une voie plus parfaite, abandonner un époux qu'elle a, en définitive, librement choisi.

3° Enfin, nous trouvons ici la distinction entre ce que le droit canon appelle le mariage *ratum* et le mariage *consummatum*. Le premier, *ratum*, qui n'a pas été suivi de cohabitation effective, et pouvant être dissous, ou plutôt déclaré nul *ab initio*, en vertu d'une espèce de condition résolutoire, résultant du non accomplissement volontaire des fins du mariage, dans le cas où la non cohabitation a pour motif l'entrée de l'un des époux dans un monastère. Le second, *consummatum*, que la mort seule peut briser, indissoluble, et qui établit entre les époux cette puissante et indestructible réciprocité d'obligations que St. Paul définissait avec tant d'énergie. Si l'épouse dont il s'agit dans l'espèce était entrée dans un monastère après le mariage simplement *ratum*, l'Église pouvait, après avoir examiné l'affaire, déclarer légitime un abandon inspiré par le désir d'une vie plus parfaite, et qui d'ailleurs rendait à l'autre époux toute sa liberté. Mais le mariage avait été consommé, cette mystérieuse servitude dont nous parle l'Apôtre avait été créée pour jamais, les époux avaient consenti, le mariage était valide, l'Église ne pouvait le briser. Il ne paraît même pas que le Pape se soit arrêté un seul instant à la condition du non consentement des

parents; tout au moins il n'existe aucun vestige de cette préoccupation qu'aurait dû avoir le Souverain Pontife, s'il avait cru que la tradition canonique imposât aux enfants, sous peine de nullité du mariage, l'obligation de requérir l'assentiment de leurs parents.

M. Viollet, dont on peut invoquer le témoignage car il a su résumer avec autorité l'état de la question à cette époque, voit encore dans la *Décrétale* d'Innocent III, *Per tuas litteras*, un argument qui tend à démontrer qu'au moyen âge la loi canonique, et par conséquent la loi civile du mariage qui n'était autre que la loi canonique, n'exigeait pas le consentement des parents *quoad validitatem*, pour le mariage des enfants de famille (1). Nous ne citons de cette longue décrétale que ce qui importe strictement à notre thèse:

Innocentius III anno 1212.

Per tuas litteras intimasti, quod cum quædam mulier **P.** *nomine, N. postularet in virum, afferens inter se mutuum de præsenti consensum intervenisse, et carnalem copulam accessisse : vir ipse quamvis contracta sponsalia et carnalem copulam non negaret, afferebat tamen se illam in uxorem ducere non teneri, quia sponsalia inter ipsos sub hac fuerunt conditione contracta, si pater ejus et patruus sponsalibus consentirent : sed ipsi quam cito noverant, et sponso contradixerunt et sponsæ... Respondemus, quod cum liquido constet, quod post constracta sponsalia, carnalis est inter eos copula subsecuta, pro matrimonio est præsumendum, quia videtur a conditione apposita recessisse. Nam etsi probatum sit, quod postquam pater et patruus viri contradixere sponsalibus idem vir mulierem illam carnali conjunctione cognoverit : non est tamen aliquo modo probatum, quod antequam ipse cognovisset eamdem, pater ejus et patruus contradicere curavissent* (2).

(1) *Décrétales* de Grégoire IX, Liv. IV, T. V, chap. VI.

(2) Innocent III, *Décrétale* de l'an 1212. — Par ta lettre tu nous as fait savoir qu'une femme nommée P. réclamait comme son légitime époux un

Si quelque doute subsistait encore sur l'étendue de la liberté que le droit canonique accordait aux futurs époux en matière de mariage, il nous semble que ce texte devrait le dissiper entièrement. En effet, bien loin que le consentement du père de famille soit requis à titre d'élément essentiel, de condition *sine quâ non* de la validité du mariage de l'enfant, cette adhésion du père — Innocent III le dit formellement — n'est qu'une simple condition *accidentelle*, qui n'intéresse en rien l'existence même du contrat matrimonial ; condition que les parties peuvent librement avoir eue en vue, mais qu'elles peuvent aussi négliger d'accomplir, considérer comme non avenue, si, expressément ou par leur manière d'agir, elles indiquent une résolution contraire. Et la preuve que nous n'exagérons pas en traduisant ainsi la pensée du Pape, c'est que le consentement du père est placé sur la même ligne que le consentement de l'oncle. Or personne ne soutiendrait que le consentement de l'oncle soit indispensable pour la validité du mariage de son neveu. Voilà donc quelle est la situation juridique qui ressort de cette espèce : le doute sur l'existence du mariage ne venait pas de cette circonstance que le père n'avait pas donné son consentement, mais de ce fait que les époux, d'un commun accord, avaient

homme nommé X. affirmant qu'entre eux était intervenu un consentement mutuel par paroles de présent, et qu'il y avait eu de plus des rapports intimes ; que, de son côté, l'époux, sans nier le contrat des fiançailles ni l'existence d'une cohabitation effective, répliquait qu'il ne pouvait cependant pas être tenu de la considérer comme son épouse, parce que les fiançailles avaient été conclues entre eux sous cette condition : si son père et son oncle consentent au mariage. Or ceux-ci, à peine instruits du mariage, avaient fait opposition auprès de l'époux et de l'épouse... Notre réponse est que : du moment où il est constant qu'après les fiançailles contractées, les époux ont eu des rapports intimes, le mariage doit être présumé valide, parce qu'il paraît bien qu'on est revenu sur la condition apposée. En effet, bien qu'il soit prouvé qu'après la contradiction apportée au mariage par le père et par l'oncle de l'époux, l'homme a eu avec cette femme des rapports intimes, il n'a pas cependant été démontré d'aucune façon que le père et l'oncle de l'époux aient eu soin de faire opposition avant l'existence de ces relations intimes.

décidé que l'échange de leurs paroles ne deviendrait un véritable mariage qu'autant que le père et l'oncle du futur époux auraient consenti. Si le Pape avait pensé que le père devait nécessairement consentir pour que le mariage fût valide, aurait-il solennellement déclaré l'existence de ce mariage, alors que non seulement le père n'avait pas consenti, mais, bien plus, avait fait une opposition directe à cette union ? Évidemment non. En conséquence, Innocent III ne jugeait pas que l'assentiment du père fût autre chose qu'une condition *ordinaire*, pouvant exister, mais aussi pouvant ne pas exister, au gré des parties, et dont l'exigence était justement supposée avoir été abandonnée par les futurs époux, puisque des relations intimes, qui étaient comme la consécration effective de leurs promesses, s'étaient établies entre eux (1).

Dans cette même année 1212, le même Pape Innocent III écrit en ces termes à l'évêque de Brixen :

Postulasti utrum ex solis verbis, et ex quibus matrimonium contrahatur. Nos igitur inquisitioni tuæ taliter respondemus, quod matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri et mulieris consensum : sed necessaria sunt, quantum ad Ecclesiam, verba consensum exprimentia de præsenti..... (2).

Soit, disent les adversaires, le véritable mariage résulte du consentement des parties ! mais il faut que ce consentement soit légitime, *legitimum*. Or ce qui constitue la légitimité de ce consentement qui suffit, nous le voulons bien, c'est précisé-

(1) Pour ne pas prolonger cette discussion, nous renvoyons purement et simplement à l'*Historica disquisitio* de *Gibert*, page 116. Cet auteur s'efforce, par des subtilités inacceptables, de détruire la valeur de l'argument que nous tirons du texte d'Innocent III. A notre avis, il n'y réussit pas.

(2) Vous nous avez demandé si l'échange de certaines paroles suffit pour contracter mariage, et quelles sont ces paroles. Voici ce que nous croyons devoir répondre : le mariage est véritablement contracté par le consentement légitime de l'homme et de la femme ; mais aux yeux de l'Église, il faut employer des paroles qui expriment un consentement donné présentement.

Décrétales de Grégoire IX, Liv. IV, T. II, chap. XXV.

ment l'assentiment fourni par les parents des futurs époux. Il faudrait donc entendre par cette *légitimité,* dont nous trouvons l'expression dans ce texte et dans beaucoup d'autres relatifs à notre matière, la réunion de toutes les conditions de droit et de fait, parmi lesquelles se place naturellement l'adhésion de la famille, conditions qui rendent un mariage légitime, c'est-à-dire inattaquable.

Nous pourrions répondre d'abord que cette argumentation est quelque peu sophistique par pétition de principe, puisqu'elle suppose démontré le point même qui est à établir. En effet, avant de prétendre que le consentement des parents est un des éléments essentiels de la légitimité du consentement des époux, il est nécessaire de prouver que ce consentement des parents est véritablement requis *quoad validitatem matrimonii.* S'il n'y avait que le consentement des parents qui pût rendre légitime le consentement des futurs époux, nous comprendrions que l'exigence d'un consentement légitime de la part des époux équivalût à l'exigence absolue de ce consentement des parents. Mais personne n'ignore que bien des circonstances, qui tiennent de plus près à la nature et à la validité du consentement à donner par les époux, sont capables, par leur absence, de faire douter de la légitimité de ce consentement des époux. Ainsi la violence, l'erreur, le dol ou la séduction, la folie, l'impuberté, peuvent empêcher que le consentement ne soit légitime. Par conséquent, si les adversaires se croient autorisés à ne tenir pour *légitime* que le consentement des époux qui aura été comme corroboré par l'agrément des parents, nous pouvons, avec le même droit soutenir que la légitimité du consentement résultera de l'absence d'erreur, de violence, de séduction etc. En un mot, la légitimité du consentement des époux pouvant dépendre de la présence de beaucoup d'autres circonstances que celle de l'acquiescement des parents, il n'est pas d'une bonne logique de restreindre à l'existence de cette unique condition la légitimité du consentement que doivent don-

ner ces mêmes époux. Donc, si nous concédions, à l'extrême rigueur, que ce texte ne saurait être invoqué par les partisans de notre opinion, parce qu'il n'a pas pour but direct de régler la question qui nous occupe, et parce que le mot *légitime* laisse à sous-entendre que le consentement des époux doit être revêtu de certaines qualités ; nous exigerions, à notre tour, que l'opinion adverse n'en tirât aucun argument contre nous, parce que l'expression, *consentement légitime des époux*, ne nous paraît pas signifier nécessairement, *consentement des époux autorisés par leurs parents à le donner.*

Mais, nous n'en sommes pas réduits à de simples inductions ; et, à notre avis, la suite du texte nous permet de croire que, dans l'esprit d'Innocent III, le consentement *légitime* des époux n'est pas uniquement le consentement qui a été comme approuvé, rendu légitime par le consentement des parents.

.. *Nam surdi et muti possunt contrahere matrimonium per consensum mutuum sine verbis : et pueri ante annos legitimos per verba sola non contrahunt, cum intelligantur minime consentire* (1).

Ce que nous voulons seulement conclure de cette dernière partie de notre texte qui règle une hypothèse particulière, c'est que : de même que la légitimité de l'âge exigé des enfants pour contracter mariage ne saurait provenir du consentement des parents, de même la légitimité du consentement que doivent fournir les époux eux-mêmes nous paraît absolument indépendant de l'intervention des parents ; ou du moins nous ne trouvons rien, ni dans ce texte, ni ailleurs, d'assez formel et d'assez explicite, pour unir étroitement, à titre de cause et d'effet, l'assentiment des parents et le consentement *légitime* des enfants à leur propre mariage.

(1) En effet, les sourds et les muets peuvent contracter mariage par un consentement mutuel qui ne résulte pas de paroles : et les enfants, avant l'âge *légitime*, ne contractent pas par ce simple échange des paroles, puisqu'ils sont réputés ne pouvoir donner un consentement.

On n'aurait pas à tirer argument contre nous de la nullité du mariage contracté par la fille de Charles-le-Chauve, Judith, avec Baudoin, comte de Flandre, sans le consentement du roi de France. En effet, outre qu'il n'est pas évident que le Pape ait déclaré nul le mariage, on pourrait, au cas où l'on voudrait défendre l'annulation, soutenir que l'empêchement dirimant que visait le Souverain-Pontife était non l'absence du consentement du père, mais le rapt de la fille.

Un autre mariage historique, celui de Louis-le-Bègue avec Alix, ne contredirait en rien nos conclusions. Sans entrer dans les détails de cette affaire longuement traitée par les historiens et en particulier par Le Merre, Rohrbacher, Henri Martin, nous ferons remarquer que la légitimité des enfants d'Alix, c'est-à-dire de la femme épousée par Louis-le-Bègue sans le consentement de son père, ne saurait être mise sérieusement en doute, puisqu'ils ont régné sous les noms de Louis III et Carloman. Opposerait-on que le fils d'Ansgard, Charles le-Simple, figure également dans la liste des Carolingiens comme successeur de Louis-le-Bègue dont il était le fils posthume ? Nous répondrions que la légitimité de Charles-le-Simple a pu résulter du mariage contracté par son père après la mort de sa première femme, Alix. Cette légitimité a été vivement contestée.

LIVRE III

ORDONNANCE DE HENRI II, DU MOIS DE FÉVRIER 1556.

SOMMAIRE. — Texte de l'Edit. — Avant l'Edit de 1556, l'Église seule légifère et juge sur le mariage. — Origine historique. — Napoléon I et le divorce; Henri II et l'Edit de 1556. — Projet de Henri II relativement au mariage de sa fille adultérine Diane de France avec François de Montmorency. — Mariage clandestin de François de Montmorency et de Jeanne de Piennes. — Noble attitude de cette jeune fille; conduite équivoque du fils du connétable; attitude de la Cour de Rome. — Quatre déchéances purement civiles résultant de l'Edit. — Lettre d'Étienne Pasquier.

Avant l'Ordonnance de Henri II du mois de février 1556, l'Église seule légiférait et jugeait sur le mariage. Son importance est capitale, en voici la teneur :

« Henry, par la grâce de Dieu roy de France : à tous présens » et à venir, salut. Comme sur la plainte à nous faite des ma» riages, qui journellement par une volonté charnelle, indis» crète et désordonnée, se contractaient en notre royaume par » les enfans de famille, au déçu et contre le vouloir et consen» tement de leurs père et mère, n'ayant aucunement devant » les yeux la crainte de Dieu, l'honneur, révérence et obéis» sance qu'ils doivent en tout et partout à leurs dits parents, » lesquels reçoivent très grand regret, ennuy et déplaisir des» dits mariages, nous eussions (longtemps à) conclu et arresté » sur ce faire une bonne loy et ordonnance, par le moyen de » laquelle ceux qui pour la crainte de Dieu, l'honneur et révé» rence paternelle et maternelle, ne seraient détournés et reti-

» rés de mal faire, fussent par la sévérité de la peine tempo-
» relle, révoquez et arrêtez. Toutefois pour ce que notre
» intention n'a été encore exécutée, nous avons connu par
» évidence de fait, que ce mal invétéré pullule et accroît de
» jour à autre, et pourra augmenter si promptement n'y est
» pas par nous pourveu.

» Pour ces causes, et autres bonnes et fortes considérations
» à ce nous mouvans, par avis et délibération de notre con-
» seil, auquel assistaient aucuns princes de notre sang, et
» autres grands et notables personnages, pour notre regard, et
» en tant qu'en nous est exécutant le vouloir et commande-
» ment de Dieu, avons dit, statué et ordonné, disons, statuons
» et ordonnons par édit, loy, statut et ordonnance perpétuels
» et irrévocables :

» Que les enfants de famille ayant contracté, et qui contrac-
» teront ci-après mariages clandestins, contre le gré, vouloir
» et consentement, et au déçu de leurs pères et mères, puis-
» sent pour telle irrévérence et ingratitude, mépris et contem-
» nement de leurs dits pères et mères, transgressions de la loy
» et commandement de Dieu, et offense contre le droit de
» l'honnesteté publique, inséparable d'avec l'utilité, estre par
» leurs dits pères et mères, et chacun d'eux, exhérédez et ex-
» clus de leurs successions, sans espérance de pouvoir querel-
» ler l'exhérédation, qui ainsi aura esté faite.

» Puissent aussi lesdits pères et mères, pour les causes que
» dessus, révoquer toutes et chacunes les donations et avanta-
» ges qu'ils auroient faits à leurs enfants. Voulons aussi et nous
» plaist, que lesdits enfants, qui ainsi seront *illicitement* con-
» joints par mariages, soient déclarés audit cas d'exhérédation,
» et les déclarons incapables de tous avantages, profits et émo-
» lumens qu'ils pourraient prétendre par le moyen des conven-
» tions apposées ès contracts de mariages, ou par le bénéfice
» des coutumes et lois de nostre royaume, du bénéfice desquel-
» les les avons privez et déboutez, privons et déboutons par

» ces présentes, comme ne pouvans implorer le bénéfice des
» lois et coutumes, eux qui ont commis contre la loy de Dieu
» et des hommes.

» Et d'abondant avons ordonné et ordonnons, que lesdits en-
» fants conjoints par la manière que dessus, et ceux qui auront
» traité tels mariages avec eux, et donné conseil et aide pour
» la consommation d'iceux soient sujets à telles peines qui
» seront avisées, selon l'exigence des cas, par nos juges, aux-
» quels la connaissance en appartiendra, dont nous chargeons
» leurs honneur et conscience.

» Déclarons toutefois encore, que notre vouloir et intention
» soit que cette présente ordonnance et édit ait lieu, tant pour
» l'avenir que pour le passé, d'autant qu'il y a eu la transgres-
» sion de la loy et commandement de Dieu, dont on ne se peut
» couvrir d'ignorance et de tolérance au contraire.

» Néanmoins pour ne perturber les mariages qui sont en
» repos, et ne donner occasion à nos sujets d'entrer en grosses
» querelles et différens, n'entendons en ce comprendre les ma-
» riages qui auront été consommez auparavant la publication
» de ces présentes, par cohabitation charnelle ; ains seulement
» les mariages esquels on prétendait seul consentement, soit
» par parole de présent ou de futur, sans qu'il y eût cohabita-
» tion ou conjonction charnelle.

» Ne voulons aussi et n'entendons comprendre les mariages
» qui auront esté et seront contractez par les fils excédans
» l'âge de trente ans, et les filles ayant vingt-cinq ans passés
» et accomplis, pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requé-
» rir l'avis et conseil de leurs dits pères et mères. Ce que vou-
» lons aussi estre gardé pour le regard des mères qui se rema-
» rient, desquelles suffira requérir leur conseil et avis, et ne
» seront lesdits enfans audit cas, tenus d'attendre leur consen-
» tement. »

« Si donnons en mandement à nos amez et féaux...

» Par le Roy estant en son Conseil... »

Cette disposition législative de l'ancien Droit fut le véritable point de départ d'une transformation profonde dans la nature et dans l'autorité de la loi qui doit régler le mariage. On est naturellement curieux d'en connaître l'origine historique.

On raconte que le premier consul, intimement et personnellement opposé au divorce, le fit voter cependant, à la rédaction primitive du Code civil, parce qu'il comptait s'en servir contre Joséphine, dont la stérilité contrariait ses projets d'avenir (1). Il est certainement plus noble et plus loyal de n'écouter que ce que l'on croit être l'intérêt général ; mais les hommes sont ainsi faits, et les princes sont des hommes, que bien souvent ceux de leurs actes qui semblent le plus désintéressés sont inspirés, pour une bonne part, par une préoccupation personnelle. Henri II ne paraît pas avoir échappé entièrement à cette humaine faiblesse ; et il y a, contre lui, cette circonstance aggravante, qu'il était, à son époque, en droit constitutionnel, le législateur à peu près unique de la France. Cette remarque nous est suggérée par le fait du mariage de François de Montmorency, fils du grand connétable, avec Jeanne de Piennes, fait dont les canonistes, les jurisconsultes et les historiens se sont occupés, et que nous ne saurions passer sous silence, puisqu'il a trait directement au sujet de cette thèse (2).

Diane de France, fille naturelle de Henri II, avait été destinée, dès l'âge de 7 ans, à François de Montmorency ; mais les nécessités de la politique en Italie avaient forcé le roi de la donner au duc de Castro. Celui-ci avait été tué au siège d'Hesdin, le 18 juillet 1553, et Henri II avait repris ses premiers projets d'union. Nous sommes, d'après les Mémoires que nous suivons, au mois d'octobre 1556, et nous n'avons pas oublié que

(1) Thibaudeau : *Le Consulat et l'Empire*, t. III, pp. 205 et s.

(2) Nous puisons la plupart des renseignements historiques qui vont suivre dans un article fort intéressant et fort instructif, publié sous ce titre : *Jeanne de Piennes*, par M. de la Ferrière dans le *Correspondant* du 10 août 1885.

l'Édit de Henri II est de février 1556, ce qui, au premier coup d'œil, rendrait impossible toute préméditation dans un but personnel de la part de l'auteur de l'Édit. Rien de plus vrai, s'il était absolument prouvé que Henri II n'a pu connaître avant février 1556 une situation que visait spécialement l'Édit qu'il rendait. Or cela n'est rien moins que certain ; il y a plutôt des probabilités contraires que nous apporterons plus loin. Dans tous les cas, lors même, ce que nous n'accordons pas entièrement, qu'il serait démontré que Henri II n'a nullement obéi, dans la confection de son Édit, au dépit paternel, la conduite qu'il observa au cours des négociations auxquelles donna lieu cet incident, nous dévoilera ce qu'il pensait, lui législateur, de la valeur de son Édit, relativement à la validité du lien matrimonial.

Ce fut Coligny, alors encore catholique, qui prévint le roi :
« Sire, dit-il, je suis un messager de malheur ; vous voudrez
» bien me le pardonner. Le mariage pour lequel Votre Majesté
» doit aller demain à Ecouen (1) est impossible. Mon cousin
» François de Montmorency s'est engagé par promesse à épou-
» ser Mlle Jeanne de Piennes. C'est en son nom que je viens le
» dire à Votre Majesté ».

« Le connétable le sait-il ? » dit le roi.

« Il ne sait rien » répondit l'amiral. Ainsi la situation est très nette. Non seulement les deux pères n'ont pas donné leur consentement, mais ils n'ont même pas été consultés. Et malgré ce mépris d'une double autorité paternelle, la promesse mutuelle que se sont donnée François de Montmorency et Jeanne de Piennes rend tout autre mariage impossible. C'est Coligny qui le déclare nettement au roi, et en parlant ainsi, l'amiral donne à son souverain une excellente leçon de théologie, disons mieux et plus exactement, une consultation inattaquable sur le Droit français en vigueur.

(1) Le grand connétable, père de François de Montmorency, habitait le château d'Ecouen.

Que s'était-il donc passé ? Comment cet échange de paroles que personne n'avait entendues, que tous peut-être ignoraient, pouvait-il créer un empêchement insurmontable, même à une volonté royale ?

Il y a ici une question de fait et une théorie des plus importantes à exposer.

Jeanne de Piennes pouvait avoir de dix-neuf à vingt ans. Sa liaison avec François de Montmorency remontait à cinq ou six ans. Attachée en qualité de fille d'honneur à la maison de Catherine de Médicis, elle avait eu souvent l'occasion de le voir à la Cour. Dès les premiers jours, ils s'aimèrent instinctivement comme deux enfants et sans se le dire. François, le premier, rompit le silence. « Jeanne, dit-il, je vous aime et je veux vous épouser ».

Mais la jeune fille avait déjà de la raison pour deux : « Vous » êtes trop jeune », répondit-elle. Et comme il insistait. « J'ai » peur de votre père ; il le trouverait mauvais ».

« Ne craignez rien, répliqua François, j'attendrai si long- » temps et je me montrerai si obéissant envers lui que je lui » ferai trouver bon » (1).

La guerre les sépara et interrompit ce roman enfantin à peine ébauché, et qui ne produisait aucun état de droit. François et Jeanne, qui avaient essayé de tromper l'absence et la distance par des lettres fréquentes, se rejoignirent enfin au mois d'août 1556. Un lien de plus les unissait, Antoine et Florent de Piennes, le père et le frère de Jeanne, avaient été sur les remparts de Thérouanne, sous les yeux de Montmorency. François renouvela ses serments :

« Je vous prends à femme », disait-il à Jeanne.

« Je vous prends à mari », répondait-elle. Quelque singulière que paraisse cette affirmation, si on la juge avec les idées actuelles, nous n'hésitons pourtant pas à le dire sans crainte

(1) Original signé. *Archives nationales,* KK, 600, p. 95.

de nous tromper, François de Montmorency et Jeanne de Piennes étaient mariés, aux yeux de l'Église et même aux yeux de l'État. Il y avait là ce que notre ancien Droit, avant les ordonnances du 16[e] et du 17[e] siècles, appelait improprement quant à l'expression : fiançailles par paroles de présent : *Sponsalia per verba de præsenti.* Nous disons improprement, car jusqu'au Concile de Trente et jusqu'à l'ordonnance de Blois qui s'est approprié la loi conciliaire, ces *fiançailles par paroles de présent* ne sont pas autre chose qu'un véritable mariage. Écoutons Coquille dans la glose sur l'article 44 de l'ordonnance de Blois : « Les paroles de présent ont effet de mariage, en sorte que le » deuxième mariage *etiam* avec copule charnelle doit être sé- » paré : *Caput licet extra de sponsâ duorum.* Et pour l'importance » des paroles de présent, il est interdit aux notaires de les rece- » voir ».

En un mot, à cette époque, le seul consentement des parties, sans l'intervention du prêtre, suffit pour la perfection du mariage, pourvu que d'ailleurs ces mêmes parties ne tombent pas sous l'un ou l'autre des empêchements dirimants du droit canon, qui sont en même temps les empêchements dirimants reconnus par l'État (1).

Le 5 octobre, dans l'une des salles du Louvre, Jeanne de Piennes fut amenée devant le Cardinal de Lorraine (2), assisté de Mathieu de Longuejoue, évêque de Soissons, de Charles de Marillac, archevêque de Vienne, et de Jean de Morvillier, évêque d'Orléans. A ces hommes d'Église, qui, aux termes des lois et des usages constants, étaient seuls compétents pour connaître

(1) Voir pour plus de détails. Beauchet : *Les formes de la célébration du mariage dans l'ancien Droit français,* où cette question est traitée *ex professo.*

(2) C'est ce même Cardinal que nous retrouverons un peu plus tard au Concile de Trente, où il insistera, au nom de Charles IX, pour faire prononcer par le Concile, la nullité absolue des mariages des enfants mineurs, contractés sans le consentement de leurs parents. Nous savons qu'il n'y réussit pas.

de cette cause matrimoniale, le roi avait adjoint André Guillard, sieur du Mortier, et Pierre Séguier l'un des présidents du parlement de Paris. Deux notaires du Châtelet tenaient la plume.

Le Cardinal présidait ; l''interrogatoire qu'il fit est des plus instructifs.

Il demanda à Jeanne, si quelqu'un avait entendu les propos de mariage qu'elle avait échangés avec François de Montmorency.

« Personne » dit-elle.

« N'y a-t-il eu entre vous et lui que de simples paroles, et aucun prêtre n'est-il intervenu ?

« Il n'y a eu que des paroles », répliqua-t-elle ; « il ne m'a requise d'autre chose ; je n'y eusse pas d'ailleurs consenti.

« N'en avez-vous rien avoué à père, mère, frère, sœur ou autre personne ?

« Non, jamais.

« Vous deviez savoir que votre prétendu mariage n'était qu'un mariage clandestin, défendu par l'Église.

« Je l'ignorais. »

Cette réponse se comprend sur les lèvres de Jeanne, qui ne pouvait être ni canoniste ni jurisconsulte. Mais il nous paraît que si elle eût été assistée d'un conseil, son avocat aurait pu et dû répondre à l'éminent Cardinal qu'il prenait son désir pour une réalité, et son opinion particulière pour celle de la loi. Sans doute, le mariage de Jeanne était clandestin, de la façon la plus complète ; mais, jusqu'alors, aucune loi ecclésiastique, aucune loi civile ne permettait de dire qu'un tel mariage fût défendu, en ce sens qu'il devînt invalide, nul.

« Mais, enfin, vous n'ignoriez pas que M. de Montmorency est fils de famille, qu'il a un père, une mère.

« Je le sais, mais le mariage étant de Dieu et la cérémonie de l'Église, je pensais qu'il pouvait se marier.

« Est-ce que vous ne vous rendez pas compte que vous avez offensé Dieu, le roi et la reine ?

« Je ne savais pas avoir offensé Dieu, mais je reconnais avoir offensé le roi et la reine.

« Voulez-vous vous en rapporter à ce que dira M. de Montmorency ?

« Oui, dit-elle avec fermeté; je m'en rapporte à tout ce qu'il dira (1). »

Elle le jugeait, avec son cœur, d'une loyauté égale à la sienne.

L'enquête se continua sans désemparer, séance tenante ; François de Montmorency comparut à son tour. Le cardinal lui posa les mêmes questions qu'à Jeanne. Il avoua qu'il avait tenu à Jeanne des propos de mariage, et tout récemment, le 2 octobre dernier, à l'hôtel du connétable, l'assurant chaque fois qu'il tiendrait toutes ses promesses. Jusqu'à ce moment, il s'était montré droit et sincère; mais quand le cardinal vint à lui dire : « Vous » aviez père et mère, vous n'aviez pas le droit de contracter » mariage sans leur consentement », le cœur lui manqua. « Quand j'ai fait cette folie, répondit-il, je ne considérais pas » toutes ces choses ; l'âge ne le portait pas, si j'avais à le re» faire, j'y réfléchirais davantage. »

Deux dernières questions furent posées par le cardinal.

« Qui de vous ou d'elle a parlé le premier de mariage ?

« Moi.

« Et bien, alors, ce prétendu mariage pourrait-il se rompre, si vous en aviez la volonté ? »

La faiblesse le reprenant :

« Oui », répondit-il.

Qu'on nous permette de dire qu'il nous est impossible de voir comment la seconde de ces deux dernières questions se rattache logiquement et même loyalement à la première. Demander à Montmorency si c'était lui qui, tout d'abord, avait parlé de mariage, c'était lui fournir noblement l'occasion d'af-

(1) Original signé : *Archives nationales*, KK. 600.

firmer devant le tribunal son entière responsabilité dans cette grave initiative. Pressé par sa conscience, il ne le nie pas. Il fallait alors lui poser nettement la question de savoir si ces paroles de mariage, qu'il reconnaissait lui-même avoir provoquées, étaient des *paroles de présent* ou des *paroles de futur*. Les parties avaient-elles entendu prononcer des paroles de présent, le mariage devait tenir, et toute casuistique tortueuse devait échouer. Au contraire, les parties n'avaient-elles eu en vue que des *paroles de futur*, on se trouvait simplement, non plus en présence d'un mariage, mais en présence de fiançailles, de *sponsalia de futuro*, c'est-à-dire d'une convention par laquelle deux personnes se promettent réciproquement qu'elles contracteront mariage ensemble. Pourquoi donc le cardinal de Lorraine, très versé dans ces distinctions, a-t-il recours à cette question insidieuse pleine de sous-entendus, et qui favorise d'une façon peu franche, osons-le dire, la transformation d'un véritable mariage par paroles de présent en des fiançailles par paroles de futur ? L'envie de plaire au roi ne lui inspira-t-elle pas la secrète pensée d'offrir à Montmorency le moyen de trouver une issue à une situation difficile sans doute, mais que sa fierté de gentilhomme aurait dû lui faire mieux regarder en face ! Nous l'ignorons ; ce qui est certain, c'est que François de Montmorency donnait un démenti à Jeanne de Piennes, et qu'il faisait de ce que Jeanne avait avoué naïvement et sincèrement être un mariage *actuel*, un engagement de fiançailles, c'est-à-dire une remise à plus tard d'un mariage qu'on pourrait ou non contracter (1).

Le soir même du jour où elle avait été interrogée, Jeanne de Piennes fut conduite au couvent des Filles-Dieu. La punition dépassait de beaucoup la faute.

(1) Cet esprit d'indécision qui, dans cet interrogatoire, fait aller François de Montmorency d'un acte franc à un lâche regret, se retrouve dans toute sa vie. Il ne sera ni tout à fait catholique ni tout à fait huguenot. Il flottera entre les deux partis, il sera bien le type de ceux que plus tard on appellera les *Politiques*.

Tandis que la pauvre Jeanne était enfermée, le vrai coupable, François de Montmorency, partait pour Rome. « Le con-
» nétable, dit Brantôme, s'avisa de lui faire changer d'air pour
» voir si, en changeant d'air, il changerait de volonté et d'opi-
» nion, trouvant faux le vers d'Horace :

» *Cœlum non animum mutant qui trans mare currunt* (1). »

Bien que donnée à l'insu des deux familles et en temps de minorité, la promesse de mariage, les *sponsalia per verba de futuro*, suivant la dernière explication de François de Montmorency, n'en subsistait pas moins. Au pape seul appartenait le droit et le pouvoir de la révoquer, ou plutôt de lever l'empêchement qui s'opposait à la célébration de tout mariage ultérieur entre l'un des fiancés et une personne qui n'aurait pas été l'autre des fiancés.

Paul IV, que des raisons politiques dont nous n'avons pas à nous occuper ici rendaient hostile aux Montmorency, reçut François avec une apparente bienveillance, et l'invita à remettre au Cardinal de Pise et au Cardinal Réoman les pièces qu'il avait apportées (la procédure suivie à Paris); il les avait, dit-il, chargés spécialement d'en faire l'examen et de lui présenter prochainement leur rapport.

Cependant le temps s'écoulait et aucune bonne nouvelle n'était venue de Rome ; on touchait presque à la fin de janvier. Il fallait pourtant en finir, trouver un expédient pour sortir de cette impasse. Le connétable demanda avis à ses familiers les plus intimes et leur adjoignit les hommes de robe les plus retors. Ils lui conseillèrent d'écrire à son fils, ce que jusqu'ici il n'avait pas voulu faire, et ils lui suggérèrent les termes d'une lettre, qui, aux dépens de la délicatesse et de l'honneur de Montmorency, ferait tomber inévitablement Jeanne de Piennes dans le piège de leur invention.

François de Montmorency n'hésita pas à saisir l'occasion qui

(1) Brantôme, édition de L. Lalanne, t. III, p. 352.

lui était présentée, et l'égoïsme l'emportant sur le devoir, il écrivit à sa mère qu'il allait faire partir La Porte avec la lettre que le connétable lui avait commandé d'écrire à Mlle de Piennes.

L'obéissance filiale tournait à l'indignité. La Porte fit diligence, en moins de quinze jours il était à Paris. Il notifia à deux notaires qu'il avait en main la permission de Henri II d'aller au couvent des Filles-Dieu porter à Mlle de Piennes une lettre de M. de Montmorency. On se transporta au couvent, et on manda la prisonnière.

La Porte lui remit la lettre de François de Montmorency, et la pria de la lire à haute voix. Ce qu'elle fit (1).

Il faudrait lire en entier, dans le remarquable article du *Correspondant* qui nous sert de guide, les détails de cette scène, où tout le beau rôle fut du côté de la victime que frappaient lâchement, au prix d'un odieux mensonge, le père et le fils unis pour cette vilaine besogne. Citons seulement le congé que Jeanne de Piennes donna à Montmorency et qu'elle formula en ces termes :

« Et bien, monsieur de La Porte, puisque M. de Montmorency » me quitte maintenant des promesses de mariage faites entre » lui et moi (on remarquera que la fière jeune fille dédaigne » de défendre l'hypothèse, très soutenable en droit et en fait, » d'un mariage valable par paroles de présent) ; s'il était fils de » roi ou prince, m'ayant écrit ce qu'il m'a écrit, je ne le vou- « drais épouser, et l'en quitte ».

Tout ceci se passait le 18 février 1556.

« La Porte ne repartit pour Rome que le 21 février. Nous » savons la cause de ce retard. Le connétable venait de faire ren- » dre par Henri II une ordonnance contre les mariages clan- » destins ; il tenait à ce que La Porte l'emportât. Les prescrip- » tions en étaient bien dures : incapacité pour les enfants cou-

(1) Voir cette lettre, Castelnau. *Mémoires*. T. II, p. 383.

» pables de recueillir l'héritage de leurs pères et mères, et cela
» sans préjudice d'autres peines qui pourraient être étendues
» à tous ceux qui auraient prêté la main à des mariages clan-
» destins ; la majorité, pour les hommes, était fixée à trente
» ans ; pour les femmes, à vingt-cinq ans. L'Édit même avait
» un effet rétroactif, à l'exception des mariages qui auraient
» été consommés... » (1).

Ici se présente une question qui a son intérêt, question qui a été touchée précédemment, et que nous devons élucider. L'auteur de l'article sur Jeanne de Piennes nous a dit au début de son travail, que c'était en octobre 1556 que le roi Henri II avait connu l'intimité de Jeanne et de François. Nous savons, d'un autre côté, d'une façon indubitable, que l'édit de Henri II est de février 1556. Si ces deux dates sont exactes, la citation que nous avons faite plus haut renferme une insinuation inadmissible contre la conduite de Henri II. Il est impossible en effet que Henri II ait rendu, en février, l'Édit qui nous occupe, pour obvier à une situation qu'il aurait connue seulement en octobre de la même année. On peut tout concilier, en reportant à l'année précédente, 1555, la démarche de Coligny auprès du roi Henri II. Cela n'est pas absolument contraire au récit de Castelnau, ne détruit pas l'affirmation si précise de notre auteur relative à la mission de La Porte, et surtout explique la disposition étrange, même à cette époque, d'une loi rétroactive quant à son application et à ses effets. Et cette rétroactivité, qu'on le remarque bien, paraît inspirée par l'hypothèse particulière du mariage de François et de Jeanne :

« N'entendons... mais seulement les mariages desquels on
» prétendrait seul consentement, soit par parole de présent ou
» de futur sans qu'il y eût cohabitation ». C'est d'ailleurs l'opinion formelle de Larousse (2) qui déclare, avec plus d'humeur que de convenance : que Henri II rendit son Édit, pour faire

(1) *Correspondant*, 10 août 1885, p. 508.
(2) Larousse : article de Piennes.

cesser la ridicule opposition que Rome faisait à ses plans de mariage (1). La Porte remplit fidèlement sa mission. Il joignit, à Rome, ses instances à celles de François de Montmorency, pour obtenir une solution favorable aux désirs du roi. Le Pape ne se pressait pas.

Soit, comme l'ont prétendu quelques-uns (2), qu'il obéît à des considérations politiques, soit, comme il nous semble plus juste de le croire, que la façon cruelle et inique dont on avait usé vis-à-vis de Jeanne de Piennes le portât à examiner cette affaire avec la plus scrupuleuse attention, sans tenir compte d'indiscrètes obsessions, Paul IV se garde de rien décider à la hâte. Imitant l'incorruptible fermeté des Pontifes romains que les princes n'ont jamais pu faire fléchir sur ces questions délicates, le Pape suivit cette affaire avec la plus grande attention. La discussion fut longue ; et bientôt on put soupçonner qu'une sentence favorable à la validité du lien matrimonial allait être rendue.

Montmorency irrité résolut de quitter Rome. Ses partisans perdirent toute mesure. Le Cardinal du Bellay se laissa aveugler par la passion au point de dire : qu'il fallait s'attendre à un refus, mais qu'il serait sans portée. Le roi venant de rendre un Édit contre les mariages clandestins, on pouvait se passer

(1) « Voici maintenant les lois du royaume, données pendant la tenue » du Concile de Trente, et depuis jusqu'à présent. La première est l'Édit » d'Henri II, du mois de février 1556, registré au Parlement de Paris le » premier mars suivant. Anne de Montmorency, connétable de France, » appréhendant que François son fils aîné n'épousât la fille du comte de » Piennes, avec laquelle il avait déjà de grands engagements, et à la- » quelle il avait donné plusieurs promesses, obtint du roi, auprès duquel » il était très en faveur cet Édit... ». D'Espeisses, T. I. Des contrats, Titre XIII du mariage, page 301.

« L'Édit des mariages a été publié en notre Cour de Parlement, grand » certes et magnifique, mais plus grand si vous entendiez le motif, parce » que quelques-uns de ceux qui tiennent des premiers lieux de la France » en ont esté cause... »

Lettre d'Etienne Pasquier : Lettre 1e du Livre 3e.

(2) Laplace : *De l'Estat de la religion*, p. 3.

de Rome : si on s'était adressé au pape, c'était uniquement pour le devoir à sa bonne volonté ; et, à titre de menace, il rappela que pour moindre chose l'Angleterre et l'Allemagne s'étaient séparées du Saint-Siège (1).

Mais Montmorency revenait sans la dispense, et personne à la Cour n'était à ignorer que c'était uniquement pour l'obtenir qu'il avait si longtemps séjourné à Rome. Comment parvenir à ce mariage désiré par le connétable, voulu par le roi, sans cette pièce que d'abord on jugeait indispensable ? On imagina une procédure, que nous qualifions bien faiblement de comédie, puisqu'elle reposa sur une déclaration de Montmorency qui était en contradiction flagrante avec ses précédents aveux. Désormais ce n'était plus un mariage par paroles de présent, ce n'était même plus des fiançailles, engageant l'avenir par paroles de futur, et créant l'empêchement dont le Pape seul pouvait relever, c'était un simple propos sans importance. Les deux jeunes gens s'étaient promis de dire pour déjà fait, ce qu'ils avaient purement volonté de faire plus tard.

Mais alors pourquoi être allé à Rome chercher une dispense ?

« C'est pour n'avoir pas à confesser que j'avais donné à en-
» tendre plus qu'il n'était. Je ne pouvais d'ailleurs m'attendre
» à un refus ; en pareil cas, les prédécesseurs de notre Saint
» Père ont souvent accordé la dispense à d'autres qui n'étaient
» pas de plus grande qualité que moi (2) : mais, après avoir

(1) On sait que la cause historique de la rupture de Henri VIII, et par suite de l'Angleterre tout entière, avec le catholicisme, fut le refus du Pape Clément VII de déclarer nul le mariage de ce prince avec Catherine d'Aragon. Il est permis de croire, l'événement le prouva, que Henri VIII n'obéissait pas uniquement à des scrupules de conscience.

En parlant de l'Allemagne, du Bellay faisait peut-être une allusion, bien inattendue sur les lèvres d'un prince de l'Église catholique, aux facilités qu'avaient trouvées dans le protestantisme naissant certains personnages, pour répudier leurs femmes, ou même pour en prendre deux, comme le Landgrave de Hesse.

(2) Absolument inexact ! Jamais le Pape n'a *cassé* un mariage valide. Rome a déclaré et déclare encore nuls tous les jours certains mariages in-

» vu les menées qui se sont faites et les choses aller en grande » longueur, je m'en suis venu au roi et au connétable déclarer » la vérité du fait ». Castelnau, t. II, pp. 402 et s. Le roi et le connétable se contentèrent de cette singulière explication, et le 4 mai 1556, le mariage de François de Montmorency et de Diane de France (1) était célébré en grande pompe.

Plus tard, frappé dans ses enfants, malade de corps et d'esprit, et pris d'un tardif remords, François de Montmorency se retourna du côté de Rome. Il sollicita et obtint de Pie IV l'absolution qu'il n'eût peut-être pas osé demander à Paul IV.

Jeanne de Piennes, dont la liberté n'avait pas été achetée par le mensonge, put, sans que sa conscience eût rien à lui reprocher, se marier à son tour. Elle s'unit à un gentilhomme du nom de d'Alluye. Brantôme, qui avait ses raisons pour ne pas aimer ce rival nous dit à ce sujet : « Elle épousa ce petit secré- » taire d'État plus par humeur et caprice qu'il lui prit que par » raison (2) ».

Tel est cet épisode de notre histoire, sur lequel nous ne nous sommes étendu que parce qu'il met en lumière ce que nous pourrions appeler l'état de la législation et de la pratique, au milieu du XVI[e] siècle, relativement à la nécessité du consentement des parents au mariage de leurs enfants. Ce qui ressort du texte de l'Édit de Henri II aussi bien que de l'incident de Montmorency et de Jeanne de Piennes, c'est que :

1° A cette époque, et même après l'Édit, on ne croyait pas que le consentement des parents fût nécessaire pour la validité du mariage de leurs enfants, même mineurs. Le texte est for-

validides *ab initio* ; elle ne brise pas le lien légitimement formé. Les jugements, en matière matrimoniale, sont *déclaratifs* d'un état précédent qui est la nullité du mariage, l'état de liberté des époux, et nullement *attributifs* d'un état, d'un droit nouveau pour les époux, recouvrant la liberté, après avoir été validement unis.

(1) Nous ne pouvons laisser passer sans protestation ce nom officiellement donné au fruit de l'adultère ou tout au moins d'un commerce illégitime.

(2) Brantôme, t. V, p. 75.

mel : il ne dit pas invalidement, mais *illicitement conjoints*. Il paraît donc, ainsi que le remarquent tous les auteurs, que cet Édit ne donne point d'atteinte à la substance du contrat, c'est-à-dire du mariage. Cette insistance, mise à distinguer la *licéité* de la *validité* du mariage, qu'on pourrait qualifier d'inutile, se comprendra mieux, lorsque, un peu plus tard, nous étudierons la jurisprudence et la doctrine de l'ancien Droit (1).

2° La compétence réglée par cet Édit pour l'instruction et le jugement des questions qu'il traite, est bien celle de l'Église. Aux Cours de Parlement, aux Baillis, aux Seneschaux etc. le soin de tirer les conséquences civiles de l'inobservance des prescriptions de l'Édit. Mais, pour la validité du mariage, même illicite aux termes de l'Église, les tribunaux d'Église doivent être les seuls saisis. Tel est le droit commun.

3° Aucun argument de texte, le seul qui doive nous occuper, ne peut résulter de l'examen attentif de cet Édit, en faveur de la thèse qui distingue le contrat civil du sacrement.

4° Enfin, quelque opinion qu'on embrasse sur la célèbre question de savoir si l'État, aux yeux des catholiques, (et c'est bien l'hypothèse de notre ancien Droit), a la puissance d'établir des empêchements dirimants au mariage, contrat civil et sacrement ; il est certain, qu'*en fait*, ni Henri II, par cet Édit, ni ses successeurs, — la suite de ce travail essayera de le prouver, — n'ont par un acte législatif clair et indiscutable créé, de leur propre autorité, un véritable empêchement dirimant. A ce propos, mentionnons les doléances de Pasquier, qui se lamente de ce que Henri II n'a pas créé, comme il le pouvait sans doute d'après lui, un empêchement dirimant au mariage, résultant du défaut de consentement de la part des parents. Si Henri II ne l'a pas fait, c'est que probablement, pourrions-nous répondre à Pasquier, il ne se croyait pas le droit de le faire. Et cette pro-

(1) Il est curieux de lire les lamentations de Pasquier, l'un peut-être des rédacteurs de l'Édit, l'un certainement de ces *grands et notables personnages*, aux lumières desquels Henri II fit appel.

babilité se change presque en certitude, quand nous voyons le fils de Henri II, Charles IX, presser le Concile de Trente, c'est-à-dire l'Église, vainement du reste, de déclarer que l'absence de consentement des parents au mariage de leurs enfants constitue un empêchement dirimant. Le refus du Concile eut pour conséquence la promulgation de l'Édit de Blois, lequel, pas plus que l'Édit de 1556, ne consacra en fait, par une décision législative, ce prétendu droit de l'État à créer, pour des chrétiens, des empêchements dirimants au mariage.

Bref, le mariage, quoique illicite, aux termes de l'Édit et suivant la pensée de l'Église (le Concile de Trente le dit expressément) est néanmoins valide ; et les pénalités, les déchéances portées contre les mineurs désobéissants ne concernent que les conséquences civiles du mariage, nous ne disons pas du contrat civil. Ces peines étaient au nombre de quatre :

1° L'exhérédation.

2° La révocation des donations. « Puissent aussi lesdits pères et mères... révoquer toutes et chacune des donations et avantages qu'ils auront faits à leurs enfants. » Cette faculté de révocation, comme celle de l'exhérédation, est laissée au libre arbitre des pères et mères lésés dans le respect qui leur est dû.

3° La privation des effets civils et avantages résultant du contrat de mariage. « Voulons que les dits enfants... soient déclarés au dit cas d'exhérédation, et les déclarons incapables de tous les avantages... qu'ils pourraient prétendre par le moyen des conventions apposées ès-contrats de mariage, ou par le bénéfice des coutumes et lois de notre royaume. »

4° Les peines arbitraires.

Rappelons, en fermant le chapitre, que l'Édit avait effet rétroactif et ne trouvait pas application dans deux cas exceptionnels ; soit qu'il s'agît de mariages consommés, soit que les fils eussent atteint l'âge de trente ans ou les filles celui de vingt-cinq ans.

Ainsi le mariage des enfants, contracté sans le consentement

des parents, est valide; mais il peut en tant qu'illicite entraîner certaines peines. Nulle part, dans cet Édit de Henri II, nous n'avons trouvé trace de préparation de cette conception juridique étrange du *Raptus in parentes* dont il va être fait usage jusqu'à l'abus au grand détriment de l'esprit et même du texte de la loi civile.

Il serait intéressant de rapprocher de l'Édit de Henri II une lettre d'Etienne Pasquier adressée à « Messieurs Robert et Fournier, docteurs régents en droit en l'Université d'Orléans », et qui traite pour ainsi dire *ex professo* la question du consentement des parents au mariage de leurs enfants. Sous une forme piquante, pleine d'une saveur toute gauloise, l'illustre jurisconsulte déplore la solution relativement libérale donnée par le roi Henri II. Sa conclusion est qu'on aurait dû déclarer nul le mariage. Cette opinion n'a pas prévalu alors et c'est pour la faire triompher d'une façon détournée qu'on commença à mettre en honneur la théorie du rapt de séduction dont il est sinon le père du moins le promoteur éloquent.

LIVRE IV

LE CONCILE DE TRENTE ET LE MARIAGE DES ENFANTS DE FAMILLE

CHAPITRE PREMIER

PRÉLIMINAIRES. — DISCUSSION DU MARIAGE DES ENFANTS DE FAMILLE AU CONCILE DE TRENTE.

Sommaire. — Pourquoi dans une étude de l'ancien Droit en matière de mariage, nous devons faire appel au Concile de Trente.— Un mot sur la réception du Concile de Trente en France. — Etude de M. Desjardins. Le *Conseil sur le fait du Concile de Trente*, par Dumoulin.— François Miron et la réception du Concile de Trente aux États de 1614. — Requête des ambassadeurs de Charles IX au Concile de Trente. — Opinions diverses des Pères du Concile.—Décret.

Si l'on s'étonnait de nous voir consacrer une partie de ce travail à l'étude de certains débats qui occupèrent le Concile de Trente, nous rappellerions qu'à cette époque, de l'aveu de tous, en droit, toute question relative à l'essence du mariage relevait exclusivement de l'autorité de l'Église ; et qu'en fait, conformément à cette théorie que personne ne songeait à contestèr, le roi de France porta directement à l'Assemblée conciliaire la réglementation suprême du point particulier qui fait

l'objet de cette thèse. D'ailleurs nous avons l'intention de circonscrire cet exposé nécessaire, à ce qui sera strictement indispensable pour l'intelligence du sujet.

Malgré notre vif désir d'être bref, il nous paraît difficile de ne pas nous délivrer avant tout de l'ennui d'une controverse, d'un caractère légèrement archaïque, et qu'on pourrait soulever néanmoins, sous le prétexte que le silence complet équivaudrait à une confession de notre part de l'embarras que nous éprouverions à la résoudre. Nous voulons parler de la réception du Concile de Trente en France.

Au moment de la réunion du Concile du Vatican en 1870, on parut se préoccuper de l'accueil qui devrait être fait par la puissance séculière aux décisions conciliaires, et du mode d'acceptation, d'enregistrement en quelque sorte, qu'on appliquerait à certains canons de nature à modifier profondément, peut-être même à troubler complètement les rapports existant entre l'Église et les États. Bien que la situation respective de l'Église et de l'État ne fût plus à l'heure présente, principalement en France, la même qu'avant la Révolution de 1789, on rechercha les précédents dans l'ancien régime, et un jurisconsulte éminent (1) retraça, en quelques pages dont l'opportunité égalait l'intérêt, l'historique de la réception du Concile de Trente parmi nous. C'est à cet auteur, dont l'impartialité et l'autorité en pareille matière sont incontestables, de préférence aux historiens ecclésiastiques ou aux traités écrits par des polémistes catholiques, que nous emprunterons les quelques détails que nous croyons devoir donner sur cette question qui a tant agité et même passionné les esprits dans notre ancien Droit.

Chacun sait que le Concile de Trente fut réuni surtout pour trancher les nombreuses questions dogmatiques et disciplinaires qu'avait fait naître l'hérésie protestante dont Luther,

(1) M. Desjardins. *Revue critique,* 1869, pp. 34 et suiv.

Zwingle et Calvin, étaient les principaux chefs. Tour à tour, et suivant les inspirations d'une politique souvent égoïste, on vit les princes catholiques, et en particulier les rois de France, favoriser ou contrarier l'interruption ou les reprises des délibérations du Concile, dont l'existence officielle se prolongea plusieurs années :

«... Ainsi le petit-fils de François I[er] (François II) arrivait à » solliciter, pour rendre la paix à son royaume, le Concile que » son aïeul avait empêché, de peur que la pacification de l'Al- » lemagne n'en fût la conséquence » (1). On conçoit facilement qu'avec de semblables dispositions, la réception du Concile de Trente en France devint, dans les conseils de la couronne, le prétexte d'interminables discussions où l'intérêt de la foi et de la morale était toujours primé par des considérations d'un ordre absolument étranger au débat. Nous venons de voir que Francois I[er] ne voulait pas du Concile, tandis que son petit-fils François II le réclamait. Il n'y a donc rien d'étonnant que la mère de ce dernier, Catherine de Médicis, après des alternatives d'empressement, d'hésitation à recevoir le Concile, que lui dictait son astucieuse politique, ait fini par demander à Dumoulin *Le conseil sur le fait du Concile de Trente*. «... Con- » sultation où le grand jurisconsulte déploya son érudition » minutieuse, sa subtile logique, son ardeur passionnée, com- » promettante pour lui-même et pour les causes qu'il sou- » tenait... » (2).

Des lenteurs, des refus, des distinctions futiles remplirent toute la fin du XVI[e] et le commencement du XVII[e] siècle. D'un côté, l'Épiscopat et les fidèles ne cessent de demander au roi, aux États quand ils se réunissent, au Parlement, d'ordonner la réception solennelle des canons et des décrets du Concile ; de l'autre, les défenseurs de la prétendue prérogative royale, les juristes séculiers s'obstinent à retarder cette promulgation que

(1) M. Desjardins, *loc. citat.*
(2) M. Desjardins, *loc. citat.*

réclame la conscience de l'immense majorité de la France catholique. Enfin, de guerre lasse, aux États de 1614, la question fut tranchée de la manière suivante. François Miron, au nom du Tiers, fit cette déclaration pleine de sagesse, en réponse aux instances du clergé qui le pressait de demander de concert avec lui la réception par le roi, du Concile de Trente : « Que » pour le regard de la doctrine et de la foi, il n'y avait bon ca- » tholique qui ne tînt pour article de foi, tout ce qui était dé- » cidé dans le Saint Concile, ainsi que dans les autres ; et que » par conséquent nous n'avons pas besoin d'autre approba- » tion... Ce n'est pas à nous qui sommes laïques d'entrer en » connaissance de cause pour ce sujet, nous contentant d'en » apprendre les résolutions par la bouche de nos pasteurs, » auxquels nous adhérons très religieusement. *Mais nous les* » *supplions de considérer qu'il est inouï que jamais on ait pro-* » *cédé en ce royaume à aucune promulgation de Concile, bien* » *qu'œcuménique* ; *il n'y en a aucun exemple dans les registres* » *du Parlement ou ailleurs. Aussi la vraie publication des Con-* » *ciles gît en l'observance et exécution d'iceux, comme par exem-* » *ple il se pratique dans beaucoup de choses du Concile de Trente* » *parmi nous, sans que pour cela il soit nécessaire d'en exprimer* » *le nom...* » (1). — « C'est une chose étrange, remarque excel- » lemment M. Desjardins et nous nous associons pleinement à » cette conclusion qui doit terminer le débat, que, au commen- » cement du XVII[e] siècle, un orateur du Tiers ait proclamé l'in- » compétence de l'État en matière religieuse... Il est certain » qu'il n'a voulu ni cru trahir la société laïque et le pouvoir » civil en leur déniant tout droit pour les décharger de toute » obligation, au sujet du Concile. *Il a pensé qu'il restait fidèle* » *aux principes anciens de notre droit public, puisqu'il en invo-* » *quait la constante application*... Poussé peut-être par cette » mise en demeure, un peu ironique du Tiers, le clergé reçut

(1) *Recueil des cahiers généraux*, T. IV, p. 58.

» officiellement le Concile par une déclaration célèbre de » 1615 » (1). — « Le 15 mai 1615 s'ouvrit l'assemblée géné- » rale du clergé. Le premier soin des députés fut de reprendre » l'affaire du Concile. Après diverses tentatives, l'Assemblée » comprenant qu'elle échouerait si elle voulait vaincre la force » d'inertie du pouvoir décida que le clergé publierait le Concile. » Une déclaration solennelle fut rédigée et aussitôt signée de » tous les membres présents (7 juillet 1615) » (2). — « Malgré » la protestation du Parlement et même du roi, le Concile de » Trente n'a cessé d'être unanimement accepté et mis en pra- » tique par le clergé français dans tout ce qui touche à la doc- » trine catholique et à la hiérarchie ecclésiastique ; quant aux » questions qui se rattachent aux rapports de l'État et de » l'Église, la controverse née de la coexistence de deux pou- » voirs d'origine si diverse dure encore aujourd'hui. Elle » pourra changer de forme, mais elle existera toujours avec » des alternatives de violences sans profit ou de trêves fécondes » pour l'indépendance de la société religieuse et le bon ordre » de l'État » (3).

Rappelons que Bossuet, si favorable cependant aux préroga- tives de la puissance royale, soutenait contre le protestant Leib- nitz la réception en France du Concile de Trente.

« En résumé, dans la pratique, le pape et le clergé n'auraient » rien obtenu de plus, si la royauté avait consenti à publier le » Concile, en réservant ses droits et les libertés de l'Église gal- » licane. En apparence, la victoire resta au pouvoir royal et à » ses magistrats. En effet, ce fut au pouvoir religieux qu'elle » appartînt. Peut-être même l'eut-il plus complète, la devant à » sa propre persévérance et à un long usage, que s'il n'avait pu » se passer d'une concession formelle. Ce ne fut pas seulement » toute la doctrine définie et la plus grande partie de la disci-

(1) M. Desjardins, *loc. citat.*

(2) Collection des proc. verb. des ass. du clergé, T. II. p. 242.

(3) M. Picot. *Hist. des États gén.*, T. IV, p. 469.

» pline établie par le Concile qu'il fit admettre ; ce fut encore » son indépendance. *Il ne put fléchir le pouvoir civil, mais il » put se passer de lui* » (1).

C'est donc un fait bien établi : le Concile de Trente fut reçu et par conséquent obligatoire en France, au moins dès le début du XVIIe siècle ; et comme les canons relatifs à notre question sont, au premier chef, des canons dogmatiques, puisque l'anathème les sanctionne, il n'est pas douteux qu'ils n'aient formé la législation fondamentale du mariage dans notre ancien Droit, qui, ne nous lassons pas de le répéter, n'admettait pas officiellement d'autre loi que le Droit canon, pour régler la validité essentielle du mariage.

Les ambassadeurs de Charles IX au Concile de Trente, ambassadeurs à la tête desquels se trouvait le fameux cardinal Charles de Lorraine, de la famille de Guise, que nous avons déjà rencontré sur notre chemin dans l'affaire du mariage Montmorency-de Piennes, présentèrent une requête au Concile, au nom du roi, le 24 juillet 1563. Cette supplique demandait qu'on prononçât la nullité des mariages clandestins, en rétablissant les anciennes cérémonies : et que « si pour des raisons impor» tantes, on jugeait à propos de faire autrement, on déclarât » du moins qu'un mariage fait sans la présence du curé avec » trois ou quatre témoins, ne serait pas légitime : et que les » mariages des enfants de famille sans le consentement de » leurs parents seraient nuls : afin de retenir les enfants dans » leur devoir, les empêcher d'être la honte de leur famille, et » de contracter des engagements dont l'unique motif était le » libertinage. Mais, en même temps, pour obvier à la négli» gence coupable des parents qui ne se mettaient pas en peine » d'établir leurs enfants, ils ajoutaient que l'on prescrivît un » âge au delà duquel les enfants pourraient d'eux-mêmes se » marier, si les parents n'y avaient point encore pourvu (2) ».

(1) M. Desjardins : *loc. citat.*

(2) Pallavicini: *Histoire du Concile de Trente*, Livre XXII, chap. IV. On

L'historien Pallavicini, le témoin le plus autorisé et le plus connu des débats conciliaires nous a laissé un récit fort intéressant de cette discussion si importante.

Nous voyons que le décret fut plusieurs fois retouché, parce qu'on ne parvenait pas à s'entendre dans la haute assemblée, sur l'opportunité des restrictions à apporter à la liberté du mariage. Les uns, que soutenait l'éloquence et la profonde érudition du cardinal de Lorraine, voulaient que le Concile innovât sans hésitation, en annulant impitoyablement *pour l'avenir* les mariages vraiment clandestins, c'est-à-dire les mariages contractés en dehors de toute publicité, et les mariages improprement appelés clandestins, c'est-à-dire les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents. Les autres, plus préoccupés du soin de sauvegarder l'indépendance de l'être humain dans l'accomplissement légitime de l'acte mystérieux qui assure tout à la fois la moralité et la perpétuité de la famille, luttaient pour le maintien des antiques coutumes, dont l'esprit leur paraissait plus conforme aux idées d'affranchissement et d'égalité que le christianisme avait reçu en quelque sorte mandat de propager et de défendre. Les orateurs furent nombreux et des plaidoyers passionnés se firent entendre en faveur de l'une et de l'autre opinion. Le cardinal de Lorraine prononça tout d'abord un discours et s'attira une réplique du cardinal Madrucci. Jean Trevignano, patriarche de Venise, parle à son tour, puis nous voyons entrer en lice les archevêques de Grenade et de Rossano, les évêques de Modène et d'Alméria. Martin Rithovius, évêque d'Ypres, expose et motive son opinion favorable à la plus grande liberté du mariage ;

remarquera que les deux questions, celle du mariage clandestin, c'est-à-dire du mariage contracté sans publicité, et celle du mariage des enfants fait sans le consentement de leurs parents, sont presque toujours confondues ; ce qui explique et excuse la nécessité où nous sommes de paraître nous occuper de ces deux controverses, alors cependant que nous n'avons principalement en vue que la seconde.

il développe en ce sens de longues considérations qui pesèrent manifestement sur le résultat du vote final.

Bref, le décret sur les mariages clandestins et sur ceux des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs parents fut proposé et accepté en cette forme, le 11 novembre 1563, année qui termina le Concile :

« Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins, » contractés du consentement libre et volontaire des parties, » ne soient valides et de véritables mariages, tant que l'Église » ne les a pas rendus nuls ; et qu'il faille par conséquent con- » damner, comme le saint Concile condamne d'anathème, ceux » qui soutiennent faussement que les mariages contractés par » les enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, » sont nuls, et que les pères et mères peuvent les rendre bons » ou les annuler : la sainte Église néanmoins les a toujours » eus en horreur, et toujours défendus pour de très fortes » raisons » (1).

(1) Concile de Trente . Session XXIV, cap. I. « *Eos sancta synodus ana-* » *themate damnat... qui falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine* » *consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita fa-* » *cere posse* : *nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis, illa* » *semper detestata est atque prohibuit* ».

CHAPITRE II

ANALYSE DU DÉCRET DU CONCILE.

Sommaire. — Deux interprétations possibles : 1° le Concile n'a voulu condamner que l'erreur des protestants ; 2° le Concile a entendu assurer d'une manière générale la liberté des enfants de famille. — Le meilleur interprète de la loi, c'est le législateur lui-même.— Opinion de Le Merre sur le sens du décret conciliaire. — Où est l'incertitude que signale Le Merre.

C'est ici que se place tout naturellement la question de savoir quelle a été l'intention du Concile dans la rédaction de ce texte. A-t-il voulu simplement condamner, comme on le prétendrait, l'erreur des calvinistes et des autres protestants, qui enseignaient que le consentement des parents est nécessaire de droit divin et de droit naturel, pour la validité des mariages de leurs enfants ; et que s'ils ne veulent pas y consentir, ils peuvent les rendre nuls par la seule autorité paternelle, indépendamment des lois de l'Église et de l'État ? A-t-il voulu, outre ce but précis, qui lui était en quelque sorte imposé par les circonstances, prendre la question de plus haut, d'une façon plus universelle, et affirmer en général, sans qu'on puisse restreindre l'application de son anathème à telle ou telle situation, à telle ou telle erreur particulière, la liberté pour le fils de se marier en dehors du consentement de la famille ? Il faut choisir entre ces deux opinions, parce que, suivant qu'on adopte l'une ou l'autre, on devra juger d'une manière différente l'esprit des Ordonnances et la jurisprudence observée par les Parlements aux 17e et 18e siècles.

Nous reconnaissons loyalement que la première interprétation est la plus répandue, nous dirions presque la seule, parmi les auteurs et les jurisconsultes de l'ancien Droit. Il est facile d'ailleurs de comprendre la raison pour laquelle ils s'efforcent de ne voir dans ce texte qu'un anathème à l'adresse des protestants. En effet, si les calvinistes seuls sont atteints par l'anathème du Concile, nos adversaires ne cessent pas d'être excellents catholiques, — ce à quoi ils tenaient beaucoup, — tout en défendant et en appliquant la fameuse théorie du rapt de séduction, ou plutôt du rapt *in parentes*, qui équivaut, en définitive, à une déclaration *a priori* de la nullité de tout mariage contracté par l'enfant mineur sans le consentement de ses parents. Assurément, tous ne confessent pas aussi franchement que Pothier, par exemple, l'existence de cet empêchement dirimant de création purement laïque, séculière ; mais au fond, quand on presse leur argumentation, ce que nous ferons en son lieu, on aboutit à cette explication plus ingénieuse qu'exacte, qui consiste à dire que le rapt de séduction, empêchement dirimant d'origine canonique, est toujours présumé dans tout mariage de mineur contracté sans le consentement des parents, et que le Concile de Trente n'a pas entendu condamner le système de cette présomption juridique.

Tout d'abord, faisons cette observation fondamentale en faveur de la vérité de notre seconde interprétation du canon conciliaire. Comment supposer logiquement que le Concile ait eu en vue exclusivement une explication que rien, absolument rien, dans les débats analysés, ne faisait pressentir ? Si quelques Pères parlent de l'hérésie calviniste et de l'autorité tyrannique qu'elle attribue aux pères de famille sur le point particulier qui nous occupe, ce n'est qu'incidemment, à titre d'argument surabondant pour ainsi dire, et non pas comme d'une preuve unique, décisive, dont la considération doit suffire à trancher la controverse dans le sens de la liberté du mariage. Ce qui préoccupe avant tout les partisans du main-

tien de la tradition existante, c'est la pensée de garantir à tout chrétien nubile le libre exercice de cette faculté imprescriptible qui tient aux fibres les plus délicates et les plus intimes de la personnalité et de la moralité de l'être humain. Peu importe à la majorité des évêques ce que pensent Calvin et ses adeptes Ce qu'ils examinent principalement, ce qu'ils ambitionnent de mettre, autant que possible, à l'abri de toute attaque, c'est cette vérité humaine, sociale, chrétienne surtout, que le législateur antique pouvait ignorer à la rigueur, mais que la loi née depuis Jésus-Christ et sous l'inspiration d'une civilisation plus parfaite devrait mieux comprendre et appliquer. Loi, qui veut que le droit du fils ne soit pas sacrifié au droit du père, voilà pour l'extérieur. Loi, qui veut que la moralité de l'enfant de famille n'ait pas à souffrir d'une obstination invincible et souvent déraisonnable de la part des parents, voilà pour la conscience dont le respect s'impose à tout législateur humain. Qu'on relise le discours du cardinal de Lorraine, qu'on se rappelle le sens des instances qu'il était chargé d'apporter au Concile, qu'on rapproche de la discussion qui s'engagea sur cette grave question le texte authentique qui devenait, pour tous les catholiques, la loi du mariage, et l'on devra, si l'on veut échapper au reproche de tomber dans des arguties d'une habileté douteuse, confesser que ce texte est aussi général que possible ; qu'il a toute la limpidité et la brièveté si désirables dans la langue législative ; qu'il consacre la liberté absolue du fils de famille de se marier sans le consentement des parents ; qu'il fulmine l'anathème contre ceux qui nieraient la validité d'un mariage contracté dans ces conditions, et qu'enfin, pour donner satisfaction à l'obligation qui lie tous les enfants vis-à-vis de la famille, il manifeste la réprobation de l'Église pour ces sortes de mariages illicites, mais inattaquables.

Comment d'ailleurs supposer que le Concile de Trente, qui fit cette déclaration solennelle au milieu du xvi[e] siècle, ait eu la pensée de respecter une opinion qui ne s'était pas ouverte-

ment manifestée ? Il est vraiment par trop facile à l'historien, au jurisconsulte, que préoccupe la défense d'une doctrine qui leur est chère, d'interpréter un texte aussi net, aussi clair que le nôtre, dans le sens de la condamnation ou de l'adoption d'une thèse, d'une controverse qui n'était pas née, ou du moins qui ne s'imposait pas à l'attention publique avec la force qu'elle devait acquérir plus tard. La vérité nous paraît donc être que le Concile de Trente n'a songé, ni pour la consacrer explicitement, ni encore moins pour l'adopter implicitement, à la théorie du rapt de séduction, entendue au sens des jurisconsultes civilistes, c'est-à-dire étendue jusqu'à la présomption juridique de nullité contre un mariage contracté sans l'assentiment des parents. Mais, si le Concile n'a pas censuré *explicitement* une assimilation qu'on ne lui opposait pas directement et qui tend à voir *toujours* un rapt toutes les fois que le père ne consent pas au mariage d'un mineur nubile, nous avons, à notre avis, parfaitement le droit de soutenir que le Concile a *explicitement* censuré, anathématisé, ceux qui enseigneraient que les mariages, — ce sont les propres paroles du décret conciliaire — *contractés par les fils de famille sans le consentement des parents sont nuls.* Que si l'on veut absolument que le Concile de Trente ait spécialement, mais non uniquement, visé l'erreur calviniste, nous accorderons volontiers que la seconde partie du décret : *et parentes ea rata vel irrita facere posse*, où se trouve exprimée, dans les termes mêmes du texte de Paul, une prétention aussi exorbitante, a été inspirée par le désir formel d'atteindre l'hérésie protestante. Mais pourquoi ne pas répondre à cette concession, en reconnaissant avec nous que la première partie du décret : *Eos sancta synodus anathemate damnat... qui falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse*, d'une rédaction si précise et si nette, n'admet pas la moindre ambiguïté de commentaire et ne saurait être accommodée aux exigences d'une interprétation rendue après coup nécessaire par le souci d'imposer un système d'une léga-

lité douteuse ; puisque, d'après nous, ce système n'eut pas la loyauté de rejeter franchement une autorité dont les décisions n'étaient pas intégralement respectées ? Nous l'avons déjà dit précédemment, nous aimons mieux, pour la logique et pour la dignité réciproque des deux puissances distinctes, nous ne voudrions pas ajouter rivales, la rupture complète qui se produisit au moment de la Révolution française entre l'Église et l'État sur la question du mariage, que la façon tortueuse, peu droite de fait — nous ne jugeons pas l'intention — avec laquelle la jurisprudence des Parlements, qui prétendait pourtant respecter au fond l'autorité de l'Église catholique, traita en particulier ce texte du Concile qu'on tournait pour mieux le violer.

Nos adversaires ne songent pas non plus, quand ils s'efforcent de faire prévaloir leur interprétation restreinte du décret conciliaire, à ce principe élémentaire de droit, qui veut que seul, le législateur lui-même, ait mission pour expliquer la pensée et déterminer les limites exactes de la loi qu'il a faite. Si le roi promulgue une ordonnance, si le Parlement rend un arrêt, ce n'est assurément pas aux théologiens ni aux canonistes, dans le doute sur la valeur, sur la portée de la déclaration royale ou de l'acte judiciaire, qu'on ira demander de trancher le différend. C'est au roi, c'est à la Cour suprême qu'on s'adressera, en vertu de l'adage si connu : *Ejus est interpretari legem cujus est condere*. Or, il s'agit ici d'une loi de l'Église ; et toute la science, toute la subtilité du jurisconsulte séculier le plus éminent, ou même du canoniste le plus versé dans ces matières, mais n'apportant que son opinion personnelle, est impuissante contre le commentaire officiel et interprétatif d'une loi de l'Église. Peut-on dire que l'Église, dans la personne du pape, interprète autorisé et permanent de la loi religieuse pour les fidèles, favorise l'interprétation restreinte que nous combattons ? En aucune manière, et nous croyons pouvoir mettre au défi de citer une déclaration, d'apporter un fait, desquels il

ressortirait avec évidence que le Concile de Trente n'a pas entendu consacrer, purement et simplement, l'antique tradition de l'Église sur la validité parfaite des mariages que contractent les enfants de famille sans le consentement de leurs parents. Nous aurions pu éclairer un peu plus les obscurités multiples de la législation canonique du mariage au moyen âge, sur le point qui nous occupe, à la lumière de deux exemples historiques signalés plus haut et qui nous ont été fournis par les enfants de Charles-le-Chauve, Judith et Louis-le-Bègue. C'est encore une union royale, celle de Gaston d'Orléans et d'une princesse de Lorraine, qui nous donnerait l'occasion de constater comment dans la pratique l'Église a compris et appliqué le décret du Concile de Trente, relativement à la liberté du mariage. Nous verrions, par cet épisode de notre histoire, l'accueil que fit l'autorité religieuse compétente à la théorie du rapt de séduction, telle que la concevaient la royauté française et les Parlements. Or cette contradiction invincible, qu'opposa le Souverain Pontife aux prétentions insoutenables des jurisconsultes d'État, avait son principe dans la tradition séculaire du droit canonique sur la validité des mariages contractés par les fils de famille sans l'assentiment des parents et dans la déclaration du dernier Concile qui, pour frapper une erreur tout actuelle, n'en avait pas moins le caractère d'une loi générale, consacrant par une formule qui ne comporte aucune restriction la validité absolue de pareils mariages.

On pourrait nous objecter que toute cette argumentation tombe à faux, puisque les auteurs que nous avons en vue avaient uniquement pour but le commentaire, l'interprétation des textes d'origine purement séculière ; que ce qu'ils prétendaient savoir, c'était le sens de la pensée royale et des arrêts du Parlement ; que dès lors, il leur importait peu d'enseigner exactement ou non la véritable signification d'un décret conciliaire, pourvu qu'ils fussent les traducteurs fidèles de la loi nationale

qui seule les enchaînait. Cette observation serait irréfutable, s'il ne s'agissait précisément d'une matière où la puissance laïque, par tous ses organes officiels, roi, parlement etc., se piquait du désir de respecter avant tout les prescriptions de la loi religieuse. Nous voulons bien qu'elle ait eu ce désir, nous admettons même qu'en maintes circonstances elle se plia avec plus ou moins de bonne grâce aux actes de soumission effective qu'entraînait la réalisation de ce désir ; mais nous persistons à croire et nous nous efforcerons de démontrer que, malgré ces protestations d'obéissance, la législation et la jurisprudence française, au XVIIe et au XVIIIe siècles, obéirent en fait à une préoccupation toute contraire, et que l'illusion volontaire ou non qui les abusa est due précisément à une interprétation erronée, quant à l'étendue, de la disposition du Concile de Trente sur le mariage des enfants de famille.

On comprend maintenant la raison pour laquelle nous avons insisté sur ce point, et pourquoi il nous est impossible de nous associer à l'opinion exprimée par Le Merre dans les termes suivants :

« J'ai appris depuis que c'est le sentiment de feu M. l'avocat » général Bignon (savoir, que le Concile de Trente n'a pas con- » damné le droit des ordonnances royales). L'autorité de ce » grand homme, dont l'érudition profonde et les lumières pé- » nétrantes ont passé pour un prodige dans notre siècle, m'a » persuadé que l'opinion contraire (celle que nous défendons: » l'opposition, sinon directe au moins de tendance, entre le » Concile de Trente et les ordonnances) est devenue *com-* » *mune* (1), parce qu'on y a pas fait assez de réflexion. La » juste modération que cet illustre magistrat a toujours gar- » dée dans ses sentiments, son attachement inviolable aux » intérêts de l'Église, et son application singulière pour péné-

(1) Il n'est pas inutile de remarquer cet aveu de Le Merre, qui reconnait que l'opinion soutenue par nous était *commune* à son époque, c'est-à-dire en plein ancien régime. Le Merre vivait à la fin du XVIIe siècle.

» trer quel en est l'esprit sur toutes choses, mais principale-
» ment sur cette matière (du consentement des parents au
» mariage de leurs enfants), sont autant de nouvelles raisons
» qui m'ont attaché aux vues que j'avais...

« Je dis son application singulière pour pénétrer l'esprit de
» l'Église sur cette question, parce que l'honneur que le roi
» lui a fait de le choisir pour dresser l'ordonnance de 1639 (1)
» et les devoirs de sa charge d'avocat général au Parlement de
» Paris l'ont obligé d'y penser... » (2).

Que de réflexions complémentaires nous inspirerait ce texte de Le Merre, si nous n'avions hâte de terminer cette discussion, nécessaire cependant ! Nous les omettons, parce qu'elles peuvent se déduire de ce que nous avons dit précédemment, ou résulteront de ce qui sera exposé dans la suite. Toutefois nous ne pouvons pas ne pas signaler, comme preuve de l'importance de notre question, l'insistance singulière qu'apporte Le Merre pour établir une conciliation possible entre le décret du Concile de Trente qui nous occupe, et les monuments de la législation séculière. Or, pour montrer l'harmonie de deux textes, il faut évidemment en connaître le véritable sens ; et nous reprochons à nos adversaires d'avoir méconnu, pour le besoin de leur cause, l'étendue et le caractère général de la déclaration conciliaire. D'ailleurs, Le Merre comprend si bien le danger d'une affirmation trop catégorique qu'il se hâte d'ajouter : « Je ne
» prétends pas que toutes les raisons que j'ai apportées soient
» autant de convictions que le décret du saint Concile de Trente
» sur les mariages des enfants de famille, n'est point contraire
» aux ordonnances de nos rois : si elles sont assez fortes pour
» rendre la chose *incertaine*, cela suffit pour le dessein que je
» me suis proposé » (3).

(1) Nous nous étonnons que Le Merre n'ait pas parlé de la controverse à laquelle donna lieu cette ordonnance, controverse dont nous parlerons plus loin.

(2) Le Merre : *Justification*... Préface.

(3) Préface, *ibidem*.

On peut rapprocher du texte de Le Merre ce que dit un auteur du temps : « M. Gerbais n'adopte pas pleinement cette » interprétation. La principale raison qu'il en apporte : *c'est* » *que je ne vois pas*, dit-il, *que dans toutes les disputes des* » *Pères du Concile, suivant qu'elles sont rapportées par les deux* » *historiens* (Pallavicini et Sarpi), *on ait agité la matière des* » *mariages des enfants de famille, par rapport au sentiment des* » *luthériens et des calvinistes* ; *mais bien comme un point de* » *discipline, et pour satisfaire aux instances des ambassadeurs* » *de France et des évêques de ce royaume* ». Traité sur le mariage, p. 301. Paris, 1703.

Incertitude ! Voilà, en définitive, le résultat que de consciencieuses recherches ont fourni à un jurisconsulte éminent. Nous souscrivons à cette conclusion, pourvu qu'on veuille bien nous accorder que cette incertitude qui peut naître, à la rigueur, du choc de deux lois d'origine différente, n'est nullement produite par l'ambiguïté des termes qu'emploie le Concile. Ce qui est incertain, c'est la réponse à la question de savoir si les ordonnances royales, si les arrêts du Parlement entendirent heurter de front les règles de l'Église, et créer ouvertement et en opposition avec la loi religieuse dont on reconnaissait officiellement l'autorité unique pour statuer sur l'existence du lien matrimonial, un empêchement dirimant résultant de ce seul fait que le consentement de la famille n'était pas intervenu. Mais ce qui est certain pour nous, parce que cela résulte, à notre avis, de toutes les explications précédentes, c'est que le décret du Concile de Trente, examiné sans parti pris, ne donne lieu à aucun doute sur son extension, et qu'il consacre de la façon la plus formelle et la plus claire l'inattaquable validité du mariage des fils de famille même en dehors du consentement paternel. On peut trouver cette solution mauvaise, regretter que les Pères du Concile n'aient pas cru devoir, comme ils le firent pour les mariages clandestins, prononcer la nullité de ces unions qu'il déclare déplorer et condamner ; mais un catholi-

que — n'oublions pas qu'à cette époque le législateur français proclamait bien haut qu'il l'était — s'il veut être logique dans sa foi religieuse, a l'obligation de se conformer aux décisions d'un Concile général et de croire à la validité de tel acte, après que le Concile a défini souverainement cette validité. S'il agit autrement, s'il se met en rébellion, par une disposition législative de l'ordre séculier, contre la loi religieuse, il en résulte alors pour l'État ou le particulier, une rupture regrettable, mais qui a tout au moins l'avantage de la netteté. Il est un second moyen de ne pas tenir compte d'une loi qui déplaît, parce qu'elle est en contradiction avec une théorie, un système qu'on veut à tout prix faire prévaloir, encore bien qu'on se pique de respecter en vertu d'un principe supérieur cette loi gênante ; c'est de tourner la loi, d'en torturer le texte, d'en étendre son application, et d'abuser des mots pour jeter la confusion dans les choses. Cette deuxième manière a été, selon nous, celle qu'ont préférée nos rois et nos Parlements. Soucieux de paraître et même d'être en réalité catholiques, ils se sont efforcés de concilier la déclaration si nette du Concile de Trente que Charles IX avait provoquée par les instances de ses ambassadeurs, avec la doctrine captieuse du rapt de séduction que nous allons voir maintenant briller dans tout son éclat.

Les rois de France, confessant ainsi leur incapacité absolue à pouvoir régler, en vertu de leur autorité, un point intéressant la validité du mariage, avaient demandé à l'Église une décision souveraine qui répondît à leurs vœux. L'Église, par l'organe du Concile de Trente, leur fit la réponse que nous savons. Mécontents de cette solution, et n'osant cependant la combattre par une opposition directe qui aurait équivalu au schisme et à l'hérésie, nos rois se souvinrent du conseil d'Etienne Pasquier, et firent à l'Église, par des lois successives, la réponse que nous avons désormais à examiner.

LIVRE V

EXAMEN THÉORIQUE DU RAPT DE SÉDUCTION

CHAPITRE PREMIER

DIVERSES PÉRIODES DE LA LÉGISLATION DU RAPT.

SOMMAIRE. — Nécessité de s'occuper de la théorie du rapt. — Trois périodes dans la législation du rapt : 1° de l'empereur Constantin au XI[e] siècle, le rapt est un empêchement dirimant et perpétuel ; 2° de la fin du X[e] siècle au Concile de Trente, le rapt n'est plus par lui-même et d'une façon générale un empêchement au mariage ; 3° depuis le Concile de Trente, le rapt est un empêchement dirimant mais non perpétuel. — Triple phase de la législation sur la formalité du consentement des parents.

A la différence de notre Code civil, qui a très nettement délimité la question du consentement des parents au mariage de leurs enfants, en distinguant cette condition de toutes les autres formalités requises pour la validité du mariage, notre ancien Droit avait fait du consentement des parents une application particulière, plus subtile qu'exacte, de la théorie générale du rapt. Le législateur séculier espérait ainsi passer pour respecter entièrement la loi canonique, puisqu'il n'ajoutait aucun élément nouveau à la liste, offici ellement dressée et fermée par

l'Église, des empêchements dirimants. Le résultat a-t-il répondu ou non à cette intention? C'est ce que la suite nous apprendra peut-être. Pour le moment, nous voyons dans cette remarque, une excuse à la présente digression sur la question du rapt. L'ancien Droit, en vertu d'une présomption absolue, a voulu faire de l'absence de consentement de la part des parents un exemple de rapt ; force nous est donc, avant de juger cette assimilation à un empêchement canonique d'une existence incontestable, de connaître cet empêchement lui-même, afin de voir s'il contient réellement, à l'état de principe, la conséquence que nos vieux jurisconsultes prétendaient en tirer.

Quand le Concile de Trente a déterminé que le rapt serait un empêchement dirimant, il n'a fait, disent Pyrrhus Corradus et le Glossateur du Droit (1), que renouveler les anciens canons de l'Église ; car elle a varié dans l'Occident au sujet du rapt, et sa discipline qui fut adoptée par toutes les nations chrétiennes a trois époques bien différentes.

Avec Constantin commence la première époque qui finit vers le onzième siècle. Cet empereur chrétien, obéissant à l'influence de la religion qu'il vient d'embrasser, abrogea entièrement l'antique usage : *nihil ei* (*raptori*) *secundum jus vetus prosit puellæ responsio*. Il veut qu'on exile les parents de la personne ravie, qui n'en témoigneraient pas assez de douleur, et qui ne poursuivraient point la punition des criminels. Il ordonne que l'on condamne au feu les esclaves qui auraient quelque part à ce crime, et que l'on fasse boire du plomb fondu aux personnes libres, qui en seraient les complices ou les fauteurs. Il ne parle pas seulement du *rapt de violence*, il y comprend aussi celui de *subornation* ; il veut même que la fille soit punie de la peine de son ravisseur, lorsque le rapt a été fait de son consentement. Les successeurs de cet empereur ont ordonné un genre de supplice moins rigoureux pour les ravisseurs et

(1) Glossa in Cap. *Accedens*, de Raptoribus.

leurs complices qui ne seraient pas esclaves; mais la loi la moins sévère les condamne à une peine capitale.

Il n'est pas vraisemblable que les empereurs, renonçant aux erreurs des païens, eussent aussitôt fait observer une si grande sévérité contre les ravisseurs, si la religion de J.-C. ne leur avait inspiré ce changement, en leur apprenant qu'il était de leur devoir de réformer les abus introduits et entretenus dans le paganisme, et qu'ils ne devaient rien négliger de ce qui était nécessaire pour la pureté des mœurs de leurs sujets.

Durant cette époque, on a regardé le rapt, dans l'Église et dans l'État, comme un empêchement dirimant et *perpétuel*: ce dernier caractère, qui nous paraît d'une sévérité excessive, ressort clairement de la lecture des textes (1).

Charlemagne, dans un capitulaire cité par le Concile de Troissy, tient le même langage (2).

Citons encore le canon 66 du Concile tenu à Meaux l'an 845, et ensuite à Paris l'an 846 qui montre la conformité parfaite régnant sur ce point entre le droit des empereurs chrétiens devenu la législation nationale et les prescriptions de l'Église.

Une différence profonde séparait la rigueur de la sanction infligée par le droit des empereurs chrétiens et de nos premiers rois, et la douceur relative du châtiment imposé par l'Église aux ravisseurs. Tout autant que Justinien, Charlemagne punissait de mort celui qui était coupable du crime de rapt; Étienne Pasquier pouvait donc se croire dans la tradition, lorsqu'il réclamait la mort de ceux qui consommaient l'attentat de se marier sans le consentement de leurs parents, et qu'il assimilait à des ravisseurs! L'Église plus clémente réglait comme il suit cette grave question: *Canon sanctæ et æcumenicæ synodi hæc inquit: Eos qui nomine conjugii mulieres rapiunt, vel opem ferunt iis qui rapiunt, statuit synodus, si sint quidem clerici proprio gradu concidere: sin autem laïci, anathematizari: quam-*

(1) Justinien. *Novelles*, 143 et 150.
(2) Capit. L. I, c. 104. L. 7, c. 295.

obrem... (1) *Raptores leges sæculi interficiunt, sed nos misericordiâ præeunte sub infamiæ notâ ad penitentiam recipimus, nulla tenus ad accusationem, vel testimonium sunt admittendi, quia infames sunt et juste repellendi, quia funesta est vox eorum* (2).

Que de fois n'arrive-t-il pas qu'on attribue à l'Église une pénalité sévère qui est d'une origine toute contraire! On ne veut pas comprendre que la loi canonique, s'imposant, se développant avec lenteur, en ces temps difficiles, n'est nullement responsable des excès qui se commettaient à côté d'elle, en dépit de son influence civilisatrice ; et quand son action devient prépondérante, on est disposé à ne voir qu'une abdication des principes, qu'une faiblesse regrettable, dans l'adoption de règles plus humaines. C'est précisément ce qui eut lieu pour le rapt, dans la seconde des trois époques que nous avons distinguées.

Cette seconde époque, qui va de la fin du dixième siècle au Concile de Trente, commença en Occident lorsque l'Église latine se relâcha de son ancienne rigueur. Très probablement, l'Église et les Papes reconnurent ce qu'il y avait d'excessif dans cette prohibition absolue de mariage entre le ravisseur et la personne ravie ; et corrigeant la rigidité de ce principe trop strict, ils décidèrent que ce serait là un point à apprécier suivant les circonstances particulières de chaque espèce. Yves de Chartres, qui a vécu dans le onzième siècle, dit positivement que, lorsqu'un homme avait enlevé une fille pour l'épouser, on ne suivait plus les anciens canons à la lettre ; mais que c'était l'usage que les juges d'Église examinassent sur les circonstances du rapt, s'il fallait faire grâce au ravisseur ou le traiter à la rigueur (3).

(1) *Balsamon*, qui fait ressortir la différence qu'il y a entre la sanction édictée par les Basiliques ou Constitutions des empereurs, et le Concile œcuménique de Chalcédoine.

(2) Lettre du pape Calixte aux évêques des Gaules et *passim* au *Corpus juris canonici*.

(3) De nuptiis raptoris cum rapta, habita consideratione personarum,

Le pape Lucius III, dont nous avons déjà étudié des décisions au livre des *Canons controversés*, fut consulté environ un siècle après Yves de Chartres, sur le mariage qu'un homme avait contracté avec une fille qu'il avait enlevée. Il répondit que ce mariage était bon et légitime, si la fille y avait consenti dans la suite, parce que, comme ajoute la Glose, dès lors qu'elle y consent, elle réhabilite son mariage, en cas que, faute d'y avoir consenti librement, il ait été nul lors de sa célébration (1).

Dans les siècles postérieurs, les Papes, entre autres Innocent III (2), ont suivi ces principes, et depuis le dixième siècle jusqu'au Concile de Trente les rapts furent non seulement tolérés dans l'Occident, et surtout impunis, mais même quelquefois favorisés par les princes, au dire des historiens ; on ne les regardait plus que comme un empêchement simplement prohibitif. Nous trouvons le principe de cette discipline adoucie dans une lettre du Pape Saint Grégoire le Grand, lequel, dans le but de pourvoir à l'honneur des filles enlevées malgré elles, ne condamne les ravisseurs qu'au choix de passer leurs jours dans un monastère, ou d'épouser la fille qu'ils auront ravie.

Enfin la troisième époque de la législation relative au rapt commence au Concile de Trente, qui, se voyant pressé par les ambassadeurs de Charles IX de réformer un abus si contraire à la sûreté publique et aux bonnes mœurs, a remis le rapt au nombre des empêchements dirimants, et a ordonné des peines non seulement contre les ravisseurs, mais aussi contre leurs complices ; et si l'on veut faire attention aux termes de son décret et aux canons que l'Église avait faits autrefois contre les ravisseurs, on verra qu'il est, presque tout entier, tiré de ces anciens

locorum et temporum, nunc canonum severitatem exercere, nunc indulgentiam, si expedire videatur. Yvo Carnut. Epist. 19.

(1) Qualitercumque aliqua sit rapta, bene potest contrahere cum raptore, si prior dissensio transeat in consensum. *Glossa* in caput *Cum causa.*

(2). Cap. *Accedens*, de Raptoribus.

canons. Il importe toutefois de remarquer que le Concile, prenant judicieusement un moyen terme entre la prohibition absolue et perpétuelle du mariage et l'absolution peut-être trop facile des coupables, a tempéré la rigueur excessive des anciennes ordonnances de l'Église, en permettant que le ravisseur pût épouser la personne ravie, si elle consentait au mariage, quand elle ne serait plus en la puissance du ravisseur et qu'elle serait en pleine liberté.

Il est à noter que le Concile de Trente veut que les ravisseurs et leurs complices encourent les peines portées par son décret, encore que dans la suite la personne qui a été enlevée contracte librement mariage avec son ravisseur.

Les rois de France, depuis lors, ont également fait revivre l'ancien usage de la monarchie. Ils ont non seulement défendu le rapt sous peine de mort ; mais encore, conformément à la constitution du Concile de Trente, ils ont déclaré nuls les mariages des ravisseurs avec les personnes qu'ils auraient enlevées, en vertu d'ordonnances dont nous donnerons plus loin l'énumération.

Pourquoi la puissance séculière, qui affichait la prétention de ne faire que promulguer, en cette matière du mariage les canons et les décisions de l'Église, est-elle allée plus loin ? Le Concile de Trente avait distingué, de la façon la plus nette et la plus catégorique, la question du rapt de la question du consentement des parents. Pour mieux accentuer la différence profonde qu'il voyait entre les deux cas, il avait anathématisé le ravisseur et déclaré son mariage nul, puis anathématisé celui qui soutiendrait la nullité du mariage contracté par le fils de famille sans le consentement de ses parents, et affirmé la parfaite validité d'une telle union. Que fait l'État qui se prétend le défenseur des saints canons et le promulgateur des lois ecclésiastiques ? Par une présomption qu'il crée de toutes pièces, il réunit deux hypothèses que le Concile avait séparées, et conclut à la nullité là où le Concile concluait à la validité. Nous

savons bien que, dans la pratique, tout cela ne fut ni aussi clair ni aussi franc que nous le disons ; mais lorsque, faisant abstraction de tous les subterfuges, de toutes les subtilités de la casuistique des Parlements, on cherche à fixer dans une formule brève la substance du débat, il faut en arriver à cette opposition absolue, voulue ou non, entre la législation canonique et la loi civile, tout au moins les tendances de la loi civile sur le point en discussion.

Nous avons d'autant plus raison d'insister sur cette contradiction manifeste qu'à la triple phase observée dans la réglementation du rapt correspond, à peu près avec les mêmes délais, un triple aspect de la législation canonique relativement à la question du consentement des parents. Pendant la première période, sous l'influence encore prépondérante du Droit romain et des coutumes germaines, empêchement dirimant et perpétuel au cas de rapt. Si la famille ne donne pas son consentement, empêchement, mais empêchement d'une nature moins certaine. A-t-il été dirimant ? Nous ne le croyons pas et nous avons apporté les motifs de notre doute. Prohibitif ? Beaucoup plus probablement, à notre avis. La seconde période aurait coïncidé, de part et d'autre, avec ce que des auteurs ont appelé un relâchement dans la discipline relative au rapt et au consentement des parents. Peut-être serait-il plus exact de qualifier ce prétendu relâchement d'adoucissement nécessaire, étant donné la sauvage sanction appliquée jusqu'alors au rapt puni de mort et regardé comme un empêchement *perpétuel*. Pourquoi la même atténuation ne se serait-elle pas produite sur la question du consentement des parents, s'il est vrai, ce qui est fort douteux, qu'il y ait eu là un empêchement dirimant ? Enfin, avec le Concile de Trente, s'ouvre la troisième période qui crée pour chaque espèce, celle du rapt et celle du consentement des parents, une double législation d'un caractère tout à fait particulier et d'une opposition absolue. L'Église et l'État, ce dernier avec l'intention de n'être que l'interprète de la loi religieuse,

s'occupent du rapt pour le condamner ; l'Église pour le frapper de peines plus spécialement spirituelles, l'État pour faire revivre, d'une manière peu opportune, l'antique sévérité des premiers temps. Mais s'il y a accord, avec la différence signalée, pour punir le crime de rapt, il y a désaccord complet sur la question du consentement des parents, et ce désaccord s'affirme publiquement, solennellement, au Concile de Trente. La France voudrait que le Concile prononçât la nullité du mariage contracté par l'enfant de famille sans le consentement de ses parents. Ce vœu d'une grande nation catholique est examiné avec le soin qu'il mérite ; le sujet est étudié sous toutes ses faces ; on interroge la tradition, on compulse les textes, on discute le sens, l'autorité des canons, des décisions pontificales; et, en définitive, on répond par un décret conciliaire qui consacre authentiquement et souverainement une solution contraire à celle que sollicitait le roi Charles IX par ses ambassadeurs. Ces instances de la puissance séculière ne prouvent-elles pas tout d'abord qu'elle se reconnaissait incompétente à règler cette question ? Ne rendent-elles pas ensuite inadmissible la prétention d'arriver, par des moyens détournés, à faire prévaloir une nullité que l'Église a formellement rejetée ? Si le Concile de Trente s'était contenté d'édicter un décret sur le rapt, on pourrait à l'extrême rigueur, en arguant du silence qu'il aurait gardé touchant la condition du consentement des parents, essayer de rattacher cette dernière formalité à la théorie plus générale du rapt de séduction. Mais la multiplicité des décisions rendues par le Concile ne permet pas cette argumentation spécieuse. Il existe deux décrets, l'un sur le rapt, l'autre sur le consentement des parents. Dans le premier, l'Église condamne ce que l'État lui a demandé de condamner ; dans le second, l'Église déclare valide ce que l'État voudrait lui voir déclarer nul. Est-il possible, après cela, de regarder comme non avenu le second décret, et de chercher à la faveur d'une interprétation captieuse à démontrer que

l'Église aurait *implicitement* réprouvé dans sa première déclaration ce qu'elle approuvait *explicitement* dans la seconde? Voilà cependant où nous conduit logiquement l'assimilation continuelle que nous verrons faire du rapt de séduction et du défaut de consentement des parents !

CHAPITRE II

DIVERSES SORTES DE RAPT.

Sommaire. — Le rapt de séduction est-il bien un empêchement canonique ? — Raisons de douter. — Lettre de Pie VII à Napoléon Ier à l'occasion du mariage de Jérôme Bonaparte. — Définition du rapt de séduction par Pothier. — Nos anciens auteurs exigeaient neuf conditions pour qu'il y eût rapt de séduction ; elles se réduisent à ces éléments : minorité des époux, non consentement des parents. — Discussion de la théorie du rapt de séduction.

Après avoir rappelé le développement historique de nos lois sur le rapt, il importe de distinguer les diverses sortes de rapt, et surtout de définir exactement le rapt de séduction, dont il sera tant usé dans la présente controverse.

Au risque de provoquer l'étonnement, nous n'hésitons pas à dire que rien n'est moins certain que la légitimité de cette division du rapt, en rapt proprement dit et en rapt de séduction. Nous savons bien que même le simple doute à ce sujet paraît inconciliable avec l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence dans notre ancien Droit ; mais nous ne devons pas oublier que nous parlons ici d'une matière essentiellement religieuse, le sacrement de mariage, et qu'officiellement le législateur français reconnaissait à l'Église seule le droit de réglementer la validité ou la nullité du lien conjugal. Voilà le principe, et nous ne croyons pas que jamais le pouvoir séculier, Roi ou Parlement, ait produit, autrement que d'une façon détournée, une contradiction à cette situation qu'imposait logiquement la volonté de respecter les prescriptions de la religion

catholique. Il résulte de cette observation, que nous sommes autorisé à n'accepter (toujours dans l'hypothèse historique de l'ancien Droit) un empêchement dirimant sanctionné par les lois de l'État, que dans la forme et suivant l'étendue où nous le présente la législation canonique. Si donc on peut douter que l'Église ait admis, sans conteste, le rapt de séduction, nous aurions une raison de plus de nous défier de la faveur dont jouissait auprès de nos anciens jurisconsultes cette théorie d'un usage si fréquent et si commode, qui annule le mariage contracté par le mineur sans l'assentiment de ses parents.

Or, beaucoup de théologiens, de docteurs, prétendent que le rapt de séduction, très improprement appelé rapt, n'est pas un empêchement au mariage, par ce motif que le Concile de Trente ne s'est point expliqué là-dessus, qu'on doit prendre son texte à la lettre, et ne pas l'étendre au delà du rapt qui se commet avec violence, duquel seul le Concile semble parler. Nous nous garderons bien d'allonger cette discussion, à laquelle d'ailleurs nous ont obligé les adversaires par suite de la confusion établie entre la séduction et le défaut de consentement des parents ; qu'il nous suffise de dire, sous forme de conclusion, que le rapt de séduction est une création presque exclusivement française ou mieux gallicane ; et que l'Église, dans ses décisions, dans ses réponses, dans les lettres de ses Papes, n'a jamais donné lieu de croire qu'elle distinguât aussi nettement ces deux sortes de rapt. Ceci étant affaire de théologie, nous nous contentons, parce que nous faisons allusion aux lettres pontificales, de citer l'explication, décisive sur ce point, renfermée dans la réponse que fit le pape Pie VII le 27 juin 1805 à l'Empereur Napoléon Ier, qui, en lui demandant de dissoudre le mariage de son frère Jérome, lui suggérait, entre autres prétextes de cassation, le rapt de séduction et le dissentiment des parents : « Il est contraire » aux maximes de l'Église de faire découler la nullité du ma- » riage de la circonstance du rapt de séduction : l'empêchement » produit par le rapt n'a lieu qu'autant que le mariage a été

» contracté entre le ravisseur et la personne enlevée, avant
» que celle-ci ait été remise en pleine possession de sa liberté. Or,
» dans le cas actuel, il n'y a rapt en aucune façon, d'autant
» que les mots de rapt, de séduction, employés dans le mémoire,
» ne signifient autre chose que l'absence de consentement de
» la part des parents, dont on veut déduire la séduction d'une
» mineure : on ne saurait, en conséquence, y trouver un obs-
» tacle dirimant par rapport au lien matrimonial (1). »

Cette opinion, si clairement affirmée par le Chef suprême de l'Église toutes les fois que l'occasion s'en est présentée, a toujours été la plus communément acceptée par les théologiens et les maîtres de la science sacrée. On peut même dire qu'elle est maintenant la seule pratiquement reconnue, et nous ne croyons pas qu'un tribunal ecclésiastique, après la déclaration si nette et si précise de l'interprète autorisé de la loi religieuse, consentît à s'arrêter sérieusement aux mille et une arguties du rapt de séduction. Nous savons bien que l'Église de France, par une condescendance fâcheuse, se prêta à la consécration légale du rapt de séduction. En agissant ainsi, elle crut appliquer l'esprit du Concile de Trente et favoriser l'État qui se posait en défenseur des saints canons et en protecteur de la morale chrétienne. La conséquence fut de laisser dépouiller insensiblement l'Église de la majeure partie de ses attributions judiciaires; l'État, sous prétexte de juger le rapt et de sauvegarder le *contrat civil,* accaparant peu à peu presque toutes les causes matrimoniales. Ce sont là deux systèmes qui se tiennent étroitement et qui se sont prêté, dans l'ancien Droit, un appui funeste : exagérer le nombre des cas de rapt, en le voyant toujours là où précisément l'Église se refuse de le voir; et dédoubler un acte essentiellement *un*, le sacrement de mariage, afin de s'adjuger la réglementation exclusive de l'un de ces éléments, le *contrat civil* qui est le principal, et d'abandonner à l'Église

(1) Artaud, *Histoire du pape Pie VII*, vol. II.

l'autre, le *sacrement*, qui n'est que l'accessoire. L'Église de France, les théologiens gallicans, les jurisconsultes catholiques mais civilistes comme Pothier, n'ont pas voulu voir que le rapt de séduction, avec l'extension démesurée qu'on lui donnait était, en quelque sorte, la fissure, la porte ouverte par laquelle pénétra l'adversaire, désireux de ruiner de fond en comble tout l'édifice de la juridiction officielle de l'Église en matière de mariage. Quand nous émettons ce blâme discret à l'adresse des catholiques gallicans et civilistes de l'ancien Droit, nous n'oublions pas que l'Église de France, lorsqu'il le fallut dans certaines circonstances solennelles, sut revendiquer énergiquement la liberté du mariage chrétien. Nous avons la preuve de cette courageuse attitude dans le fait du second mariage de Gaston d'Orléans, qui est la confirmation la plus frappante de notre thèse, et dans l'histoire de la rédaction des ordonnances de Louis XIII sur la matière.

Ainsi donc, si nous voulions aller logiquement jusqu'au bout de ce qui est notre droit, nous pourrions, au nom des principes, soutenir que la théorie du rapt de séduction manque absolument de base juridique, puisqu'elle ne découle pas comme une conclusion nécessaire de la législation de l'Église, de laquelle seule, à cette époque, relevait la question de validité ou de nullité du mariage ; le fait est indéniable. Personne parmi les jurisconsultes autorisés de l'ancien Droit n'aurait osé prétendre qu'il pût exister un véritable mariage, entre français catholiques (nous spécifions pour écarter la controverse, inutile à traiter ici, du mariage des protestants et des juifs), en dehors du concours de l'Église et contrairement à ses prescriptions. Les plus fougueux civilistes, qui enseignaient que l'État est le maître du contrat civil, c'est-à-dire de la matière du sacrement de mariage, n'auraient jamais appelé du nom de mariage un contrat civil que le sacrement n'aurait pas, en quelque sorte, complété. En conséquence, si le premier mot était à l'État, le dernier était à l'Église. L'État pouvait bien afficher l'inexplicable

prétention d'empêcher le sacrement de mariage de naître ; il était dans l'impossibilité de le dissoudre ou mieux de le déclarer nul, après que l'Église, par une sentence judiciaire, aurait affirmé et proclamé son existence. Il suit de là — nous parlons toujours de la rigoureuse application des principes — que tous les arrêts de tous les Parlements de France auraient vainement prononcé, pour cause de rapt de séduction, la nullité d'un mariage qu'un tribunal ecclésiastique tiendrait pour valide, soit parce que le rapt de séduction ne lui aurait pas paru suffisamment démontré, soit parce qu'il aurait refusé de reconnaître l'existence canonique du rapt de séduction. Dans tous les cas, ce qui est absolument certain, c'est que, par sa conduite, l'Église s'est constamment opposée à l'assimilation, obligatoire pour le juge d'État, entre le rapt de séduction et l'absence de consentement des parents. Nous confessons que, dans la pratique, ces distinctions subtiles, ces oppositions violentes créaient des difficultés inextricables ; mais l'Église ne saurait en être rendue responsable, puisqu'elle se contentait de résister à un envahissement qu'elle n'avait pas provoqué, qui contredisait à la tradition séculaire, et qui ébranlait sans franchise un état de choses qu'on feignait de respecter officiellement.

Malgré ces motifs très puissants que nous aurions de rejeter *a priori* le rapt de séduction et de simplifier ainsi considérablement le débat, nous préférons admettre, dans une certaine mesure, la légitimité de la déduction qui fait rentrer le rapt de séduction dans le rapt proprement dit. Ce faisant, nous échappons au reproche de paraître chercher à éviter, par un procédé aussi absolu que facile, une discussion embarrassante pour nous. De plus, tout en réservant de la manière la plus expresse la question de l'assimilation de la séduction au véritable rapt, nous acceptons de l'adversaire le terrain sur lequel il se place lui-même, et nous le combattons, avec l'espérance de le battre, au moyen de ses propres armes.

Voici comment Pothier définit le rapt de séduction : « Nous » entendons ici par *séduction*, lorsque, sans employer la violence, » mais par de mauvaises voies et de mauvais artifices, on » engage *une jeune personne* à consentir à un mariage ». Si on s'en tient à ce texte, il semble que le rapt de séduction, ne puisse avoir lieu qu'à l'égard d'une *fille mineure* ; c'est bien là en effet ce qu'enseignent les auteurs, lorsqu'ils n'ont en vue que le rapt de séduction proprement dit. Mais la préoccupation de faire rentrer, quand même, dans l'hypothèse du rapt de séduction le cas du mariage d'un mineur contracté sans le consentement des parents, leur fait oublier ce principe fondamental. Ce n'est plus seulement la jeune fille mineure qui pourra être séduite, c'est le jeune homme, disons l'homme, jusqu'à 25 ans, qui sera nécessairement et inévitablement présumé avoir été suborné, ravi par séduction, s'il se marie contre l'agrément de sa famille. En réalité, si nos auteurs étaient sincères, si nous voulions être strictement exact, nous retrancherions de la discussion cette appellation trompeuse, *rapt de séduction*, puisque, pour nos adversaires, il y a fatalement séduction lorsque la famille ne consent pas au mariage d'un mineur, et que le rapt de séduction ne saurait exister lorsque les parents donnent leur consentement au mariage de ce mineur, y eût-il même quelque apparence de séduction. Nous ne parlerions plus désormais que du *raptus in parentes*, le rapt de séduction consistant moins dans le fait de suborner, de capter la volonté des parties contractantes, que dans l'injure infligée à la famille qui ne consent pas au mariage d'un enfant. Et la preuve évidente que le rapt de séduction n'est pas autre chose que le fait de se marier en minorité sans le consentement de ses parents, c'est que le Code civil a rejeté l'empêchement dirimant du rapt de séduction, tel qu'on le concevait dans l'ancien Droit, et l'a remplacé par l'empêchement, nouveau au moins quant à l'appellation, qui résulte du défaut de consentement de la famille.

Voilà ce qui explique pourquoi Pothier, après avoir limité l'application du rapt de séduction à l'hypothèse de la *jeune personne*, nous paraît se contredire presque immédiatement, quand il ajoute : « La séduction, dans notre Droit français, n'est » pas moins un empêchement dirimant de mariage, que le rapt ; » nous le regardons même comme une espèce de rapt, et nous » l'appelons rapt de séduction. La séduction *se présume de droit*, » lorsqu'*un mineur* s'est marié sans le consentement de ses père » et mère, tuteur ou curateur ; et en conséquence, sur l'appel » comme d'abus que les père, mère, tuteur ou curateur in- » terjettent de ces mariages, les parlements les déclarent » nuls (1). »

Nos anciens jurisconsultes, qui ne reculaient pas devant une énumération poussée jusqu'à la subtilité, voulaient que la séduction en fait de mariage ne fût un rapt de séduction, que si elle se trouvait accompagnée de neuf conditions.

Condensées, elles se réduisent, en somme, à ces deux éléments: minorité des époux, non consentement des parents. D'où il résulte que le rapt, que la séduction dépendra *uniquement* de deux circonstances qui ne nous paraissent contenir nécessairement ni le rapt, ni la séduction. Pourquoi vouloir en effet que le mineur qui se marie contre le gré de ses parents ait toujours été et fatalement séduit ! Nous comprendrions qu'on invoquât la puissance paternelle, le respect de l'autorité de la famille, des raisons d'ordre social, etc. ; nous pourrions discuter sérieusement des motifs sérieux, et nous trouverions peut-être à dire que c'est singulièrement prolonger la puissance paternelle que de la faire durer jusqu'à 30 ans pour les fils, 25 ans pour les filles (2) ; que l'ordre social ne serait pas ébranlé,

(1) Pothier. *Traité du contrat de mariage*, Partie III, chap. III, § II, nos 228 et 229. Nous verrons plus tard si la jurisprudence des Parlements et si la doctrine de Pothier, qui semblent ne pouvoir s'entendre que d'une nullité absolue, radicale, ont bien interprété le texte et surtout la pensée du législateur.

(2) Des arrêts de Parlement prolongent jusqu'à cette date le droit, pour le père, de consentir au mariage de ses enfants.

parce qu'on étendrait un peu la liberté des enfants de famille ; que le droit de l'enfant de disposer de lui ne saurait être tenu si longtemps en suspens par le bon plaisir de la famille, etc. Mais ces divers arguments, l'ancien Droit ne pouvait pas logiquement les faire valoir, en vertu de ce principe : que l'Église, maîtresse du mariage puisqu'elle était maîtresse du sacrement qui n'en était pas distinct, était seule capable de créer un empêchement dirimant, et que la liste officielle qu'elle en avait dressée ne renfermait rien de semblable. Il lui fallait dès lors, à l'ancien Droit, s'appuyer sur un des empêchements canoniques réellement existants ; et c'est pour cela qu'il étendit jusqu'à l'invraisemblance la notion du rapt, afin de donner une apparence de légitimité au système qu'il entendait faire triompher. Toutefois, comme un désir, aussi violent qu'il soit, ne saurait avoir la force d'un argument, nous sommes autorisé à demander par quel enchaînement inéluctable de propositions on est obligé de conclure du mariage fait en minorité et sans le consentement des parents au mariage fait avec séduction.

C'est assurément la volonté des parties contractantes que l'on veut protéger ; s'il en est ainsi, c'est avant tout dans la volonté des époux et non pas dans la volonté de personnes étrangères au contrat qu'il faut chercher à assurer la plénitude de la liberté. Or la thèse que nous combattons, au lieu de s'attacher exclusivement ou tout au moins principalement à l'examen de la volonté des époux, va demander à la volonté des parents si la volonté de leurs enfants mineurs a été libre, et cela en vertu d'une présomption légale. Mais, dira-t-on, c'est précisément le fait de la présomption de tirer une conclusion de ce qui est connu à ce qui ne l'est pas, et de découvrir par une preuve en quelque sorte oblique une vérité qu'on ne peut arriver à établir directement. Soit, à la condition toutefois que cette présomption soit écrite dans la loi ; ou bien, si la loi ne l'a pas prévue formellement, à la condition d'avoir tous les caractères des présomptions qui, quoique non légales, peuvent

pourtant faire impression sur l'esprit du juge. Or (nous le montrerons à l'étude prochaine des textes), nous ne croyons pas que le législateur de l'ancien Droit ait écrit *clairement* dans la loi la présomption qu'on nous oppose. De plus, à défaut de cette présomption légale dont la constatation ne trancherait pas le débat, puisqu'il faudrait prouver encore que la législation canonique l'admettait, il ne nous paraît pas qu'on soit en présence de ces présomptions *graves, précises et concordantes*, qui entraînent la conviction. Nous pensons bien qu'on ne nous accusera pas de commettre l'erreur naïve d'expliquer l'ancien Droit au moyen des dispositions ultérieures de notre Code civil (1), car il s'agit ici de principes généraux, d'une vérité juridique universelle et dont doivent s'inspirer, comme elles s'en sont inspirées de fait, les diverses législations qui se sont succédé. Toute la question est donc de savoir si le mineur devra être présumé séduit s'il se marie sans le consentement de ses parents. La loi canonique, que l'ancien Droit déclarait suivre pour juger de la validité essentielle du mariage dit *non* ; ou plutôt, en admettant que l'Église ait reconnu le rapt de séduction, elle décide sagement que c'est là un point de fait, donnant lieu à des espèces particulières qui seront résolues suivant les circonstances de chaque cause. Il ne saurait non plus échapper au jurisconsulte que la présomption n'est un mode d'argumentation acceptable, que s'il est impossible ou du moins extrêmement difficile de pénétrer directement jusqu'à la vérité que l'on veut atteindre. Or où est l'impossibilité, où est même l'extrême difficulté dans la recherche de ce point de fait : les époux ont-ils librement ou non contracté mariage ? Et quand même cette impossibilité, cette difficulté extrême existeraient, sera-ce, dans la rigueur des principes, le meilleur moyen, pour savoir si quelqu'un a contracté librement, que de demander à un autre, fût-il le père de la personne qui contracte, si lui, père, a

(1) Art. 1353.

donné son consentement à la grave détermination prise par son fils ?

Logiquement, c'est dans la personne des époux eux-mêmes qu'il faut aller chercher les traces de la séduction ou mieux d'un vice du consentement, et non pas dans la personne des parents qui, bien loin d'avoir sauvegardé la liberté des enfants, peuvent — la supposition n'est pas invraisemblable — avoir eux-mêmes attenté, par une pression coupable, à la liberté d'un mariage. Sans doute, il ne sera pas indifférent de savoir si les parents de l'époux ont consenti ; mais que la recherche de ce consentement soit *l'unique* considération de laquelle résultera la *séduction*, et conséquemment la *nullité* absolue, irrémédiable, du mariage, cela nous ne l'admettrons jamais, parce que cela nous paraît illogique. Nous n'ignorons pas que le commentateur d'une loi n'a pas à s'occuper de la logique du texte qu'il doit expliquer et appliquer ; néanmoins, par respect pour le législateur, on ne croit pas facilement qu'il ait édicté une prescription de cette nature. Et cette opinion, exprimée avec mesure, devient une conviction inébranlable, lorsqu'on est intimement persuadé que le texte lui-même répugne à cette violation de la logique et du droit. C'est ce qu'il nous reste à exposer, par l'énumération et la discussion des ordonnances royales et autres monuments législatifs sur la matière.

En résumé, le rapt de séduction est *un vice* du *consentement des époux*, et non pas *un vice* du *consentement des parents des époux*. Celui qui aura le dessein de déterminer l'existence du rapt et de préciser sa gravité devra donc tout d'abord étudier la volonté des époux eux-mêmes, et non pas la volonté des parents de ces époux. Si les époux, quoique mineurs, ont donné à leur mariage un consentement sérieux, raisonnable, exempt de tout entraînement capable de détruire la liberté, avec quelle apparence de vérité prétendra-t-on qu'ils ont été séduits ? Qui oserait soutenir que le mineur de 30 ans, que la mineure de 25 ans, est absolument dans l'impossibilité d'émettre un consen-

tement libre, en dehors de l'approbation paternelle? Mais la séduction, plus facile chez les adolescents, ne saurait-elle se rencontrer chez des époux plus âgés? Est-ce que le vieillard ne peut pas être l'objet d'une séduction dans un but de sordide intérêt? Pourquoi restreindre la possibilité de la séduction au temps de la minorité? Est-ce qu'un majeur des deux sexes ne peut pas être circonvenu, capté, séduit, ravi en un mot, tout comme un mineur, et plus sûrement peut-être, suivant les circonstances? Nous voulons bien que la présomption, ou mieux la probabilité de séduction soit plus puissante dans le cas de minorité que dans le cas de majorité; mais, encore une fois, de ce que la preuve sera plus facile dans une hypothèse que dans l'autre, s'ensuit-il qu'elle ne soit possible que dans une seule de ces hypothèses? Nous sommes toujours, dans toute cette discussion, la victime d'une expression ambiguë, celle de *rapt de séduction*. De même que dans le rapt de violence, c'est sur la personne de l'époux lui-même qu'aura dû s'exercer la violence pour que l'empêchement de rapt soit encouru : de même, dirons-nous, dans le rapt de séduction, c'est en la personne de l'époux lui-même qu'aura dû s'accomplir la pression séductrice, la manœuvre frauduleuse qui constitue l'empêchement de rapt de séduction. Nous accordons que la minorité de l'époux, que le non consentement des parents pourront être *des arguments* servant à établir la séduction; mais que cette séduction résulte fatalement du fait d'une minorité *relative* (1), que la circonstance de non consentement des parents des époux soit *l'unique* raison de la nullité du mariage des mineurs, voilà ce que nous ne pouvons admettre en principe et voilà ce que les textes législatifs que nous abordons enfin ne nous paraissent pas contenir.

(1) Nous entendons par là une minorité raisonnable qui suppose au moins la *nubilité*, la *puberté* des parties contractantes.

LIVRE VI

LES ORDONNANCES ROYALES ET L'APPLICATION PRATIQUE DU RAPT DE SÉDUCTION

CHAPITRE I

L'ÉDIT DE BLOIS DE HENRI III DE 1579.

Sommaire. — Ordonnance d'Orléans rendue par Charles IX en 1560. — Édit de Blois de Henri III de 1579. — Première partie de l'article XL ; cette disposition reproduit le canon du Concile de Trente sur les mariages clandestins. — Deuxième partie de l'art. XL ; commentaire de ce texte. — L'article XLI prouve qu'il ne saurait y avoir nullité du mariage d'un mineur dans le cas de non consentement de la famille. — Texte et commentaire de l'art. XLII ; examen des questions qu'il soulève. — L'article XLIII ne contient qu'une pénalité. — Rappel de la doctrine du Concile de Trente sur la clandestinité par l'article XLIV.

L'exposé théorique que nous venons de faire de la question du rapt de séduction n'a de valeur pour la controverse présente que s'il se trouve confirmé par des textes législatifs. Ce serait vainement, en effet, que nous nous serions efforcé de combattre, au nom de la logique, la présomption de séduction résultant du non consentement des parents, si l'on pouvait nous répondre, au nom de la légalité, que cette présomption a été officiellement sanctionnée par le pouvoir législatif de l'ancien

Droit. Nous avons donc maintenant à passer en revue les actes législatifs, ordonnances royales, arrêts de Parlement qui ont paru sur la matière.

L'Édit de Henri II nous est suffisamment connu ; il laisse subsister entièrement la validité des mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents. Une nullité n'est pas davantage établie par l'article CXI de l'Ordonnance d'Orléans rendue par Charles IX en 1560, trois ans avant la fin du Concile de Trente. Nous pouvons donc aborder l'Édit de Blois de Henri III en faisant connaître un fait qui a sa valeur. Lorsque le pape Grégoire XIII fit presser par son nonce le roi de France de publier et recevoir en France le saint Concile de Trente, le prince lui déclara « qu'il ne fallait » point de publication du Concile de Trente en France *pour ce* » *qui était de foi, que c'était chose gardée dans son royaume :* » *mais pour quelques autres articles, ne pouvant le Concile être* » *publié pour quelque occasion de ce qui s'était passé, qu'il ferait* » *exécuter par ses Ordonnances, ce qui était porté par le Con-* » *cile* ».

Ce qui était porté par le Concile, voilà, pour ainsi dire, strictement délimité par Henri III, le terrain sur lequel va s'exercer l'initiative royale. Il s'engage donc implicitement à demeurer dans les bornes des dispositions conciliaires. Sans doute, il semble bien dire qu'il ne fera pas exécuter par ses ordonnances *tout* ce qui a été porté par le Concile ; mais, par contre, il insinue très clairement que cette sorte *d'exequatur royal* ne sera donné qu'à ce qui aura été porté par le Concile. En conséquence, nous pourrions d'ores et déjà affirmer que, relativement au mariage, si l'ordonnance de Blois ne renferme pas *tout* ce qui a été décrété par le Concile, elle ne doit cependant énoncer aucune loi impérative excédant la doctrine ou la discipline des Pères du Concile de Trente ; et que si, au moyen d'un commentaire habile, on arrive à tirer du texte de l'ordonnance une théorie qui contredise à une déclaration formelle de

ce Concile, il y a lieu de suspecter ou même de rejeter *a priori* cette déduction.

Ces réflexions sont confirmées par ce que nous apprend l'histoire. Aux États du royaume qui se tinrent à Blois en 1579, le roi Henri III se trouvait pressé par deux partis fort opposés au sujet de la publication du Concile de Trente. Les uns souhaitaient qu'on le reçût ; les autres s'y opposaient. Le tempérament qu'imagina et que prit Henri III fut, comme il l'avait promis au nonce de Grégoire XIII, de choisir dans les décrets de ce saint Concile ce qu'il y verrait de plus utile pour la discipline, de plus conforme aux lois de ses États, et d'en composer son Édit appelé l'Ordonnance de Blois, pour servir à l'avenir de règle à tous ses sujets.

Voici les articles de l'Ordonnance invoqués dans notre matière. Dans une première disposition, l'article XL ne fait que reproduire le canon du Concile de Trente sur les mariages clandestins :

« Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des » mariages clandestins, avons ordonné et ordonnons, que nos » sujets, de quelque estat, qualité et condition qu'ils soient, » ne pourront *valablement* contracter mariages, sans proclama- » tions précédentes des bans faites par trois divers jours de » Festes, avec intervalle compétent dont on ne pourra obte- » nir dispense, sinon après la première proclamation faite ; » et ce seulement pour quelque urgente et légitime cause et à » la réquisition des principaux et plus proches parents com- » muns des parties contractantes. Après lesquels bans seront » épousez publiquement. Et pour pouvoir témoigner de la » forme qui aura esté observée esdits mariages, y assisteront » quatre personnes dignes de foy, pour le moins, dont sera fait » registre : *le tout sur les peines portées par les Conciles...* ».

En cela pas de difficulté ; mais un élément sérieux de controverse se rencontre dans la fin du texte législatif :

« Enjoignons aux curés, vicaires et autres, de s'enquérir soi-

» gneusement de la qualité de ceux qui se voudront marier.
» Et s'ils sont enfans de famille ou estant en la puissance d'au-
» trui, nous leur défendons très étroitement de passer outre à
» la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparoit du con-
» sentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peines
» d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt* (1). »

Ce qui frappe tout d'abord dans ce texte, c'est la disproportion véritablement inouïe qu'il consacre entre la faute et le châtiment. Le vœu d'Etienne Pasquier est exaucé, même dépassé. Il ne demandait la mort que des coupables, c'est-à-dire des ravisseurs, le législateur paraît édicter une semblable peine contre le curé, contre le prêtre, qui aurait passé outre à la célébration du mariage d'un mineur, *sans qu'il lui soit apparu du consentement des pères, mères*, etc. La suite montrera si nous exagérons la pensée du législateur. Pour le moment, ce qu'il importe de faire ressortir, c'est la différence de rédaction entre ces deux parties de l'article. Dans la première, le législateur indique très nettement la nullité du mariage clandestin, *ne pourront valablement contracter mariages* ; mais cette nullité n'est pas de création royale, elle n'est que le rappel de la disposition du Concile de Trente sur les mariages clandestins. Dans la seconde partie de l'article, au contraire, l'injonction faite aux curés, vicaires et autres, n'est pas accompagnée d'une menace de nullité des mariages contractés en violation de cette injonction ; et comme les nullités ne se présument pas, personne n'a le droit de suppléer, dans un pareil cas, au silence de la loi, alors surtout que le Concile sur l'autorité duquel s'appuie le législateur, bien loin de prononcer la nullité, a très catégoriquement affirmé la validité de pareilles unions. — Mais, objectera-t-on, Henri III n'avait pas besoin de rappeler la nullité dans la seconde hypothèse ; elle allait de soi, puisqu'il s'agit d'un *crime de rapt*, et que la nullité d'un mariage entaché de rapt ne fait

(1) Article XL de l'Ordonnance de Blois, *in fine*.

pas le moindre doute, ni aux yeux de l'Église, ni aux yeux de l'État. — Ce raisonnement serait inattaquable, si nous étions en présence d'un véritable rapt ; or il n'en est rien, malgré l'emploi ou plutôt l'abus du mot rapt, à moins qu'on ne soutienne qu'il suffise de se servir à dessein du même mot pour conclure logiquement à l'existence d'une même chose. Il serait vraiment par trop facile d'établir ainsi, subrepticement, à la faveur d'une expression ambiguë, une nullité que la loi religieuse dont on prétend s'inspirer repousse énergiquement. D'ailleurs n'est-il pas excessif d'assimiler à un véritable rapt, à un crime, le fait, pour le curé, d'être le témoin sacramentel du mariage d'un mineur sans s'être assuré du consentement de la famille ?

Qu'est-il besoin de ces considérations basées sur le bon sens, mais auxquelles on pourrait opposer la précision du texte législatif qui parle de rapt et qui autoriserait le rapprochement que nous combattons au nom de la logique ? L'article XLI dissipe toute équivoque, en reconnaissant implicitement la validité du mariage que contracte le mineur en dehors de l'assentiment de la famille.

« Article XLI : Nous voulons que les Ordonnances cy-devant » faites contre les enfants contractant mariages sans le consen- » tement de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs, soient » gardées : *mesmement celle qui permet en ce cas les exhéréda-* » *tions.* »

Parmi les Ordonnances cy-devant etc., se trouve incontestablement l'ordonnance de Henri II de 1556. La fin de notre article rend toute hésitation impossible à ce sujet, puisqu'il la désigne clairement par ces mots : *mesmement celle qui permet en ce cas les exhérédations*. Or, cette Ordonnance de 1556, qui roule tout entière sur le fait des mineurs contractant mariage sans le consentement de leurs pères, mères, etc., admet avec la dernière évidence la validité de ces unions. Donc, si l'on ne veut pas imputer au législateur la faute lourde de se contredire dans deux dispositions consécutives, il faut confesser

franchement qu'il ne saurait être question, à l'alinéa final de l'article XL, de la nullité d'un acte que l'article XLI reconnait comme étant valide. Cette réflexion fondamentale pour notre thèse, nous aurions l'occasion de la renouveler fréquemment, puisque presque dans toutes les lois ultérieures sur la matière, il sera fait appel à cette Ordonnance de 1556 sans qu'il apparaisse, avec la netteté qu'on est en droit d'exiger d'un texte législatif, que la puissance séculière ait ajouté aux pénalités de 1556 la nullité du mariage lui-même.

Le commentaire de Guy Coquille, l'interprète le plus autorisé de la doctrine renfermée dans l'ordonnance de Blois, confirme pleinement ce que nous venons de dire.

Nous arrivons à l'article XLII de l'Ordonnance de Blois, qu'on peut considérer comme le siège de la matière et de la controverse :

« Article XLII : *Et néanmoins* voulons, que ceux qui se trou-
» veront avoir suborné fils ou fille mineure de 25 ans, sous
» prétexte de mariage, ou autre couleur, sans le gré, sceu,
» vouloir et consentement exprès de pères, mères et de tuteurs,
» *soient punis de mort, sans espérance de grâce et pardon* ;
» nonobstant tous consentements que lesdits mineurs pour-
» raient alléguer par après avoir donné audit rapt lors d'iceluy,
» ou auparavant. Et pareillement seront punis extraordinaire-
» ment tous ceux qui auront participé au rapt, et qui y auront
» presté conseil, confort et ayde, en aucune manière que ce
» soit ».

S'il est vrai, au témoignage de Coquille commentant l'article XL de l'Ordonnance, que la Cour ecclésiastique ne tînt pas cet Édit pour obligatoire, l'opposition de cette même Cour ecclésiastique à l'article XLII de ladite Ordonnance ne dut pas être moins énergique. Impossible en effet de rencontrer une contradiction plus formelle que celle que fait l'Ordonnance royale aux règles, souveraines en matière de mariage, du dernier Concile. Sans vouloir restreindre le débat à une pure question

de mot, nous devons rechercher d'abord cependant quel est le sens, quelle est la portée du lien qu'établit l'adverbe *néanmoins* entre les deux dispositions législatives qu'il rapproche. Il est incontestable que cet adverbe prouve l'étroite connexité de l'article XLI avec l'article XLII. Or l'article XLI ayant, par le rappel de l'Ordonnance de 1556, formellement consacré la validité du mariage contracté en minorité sans le consentement de la famille, l'article XLII qui le complète ne peut, ni directement ni indirectement, avoir prononcé la nullité de ce même mariage. Qu'il ne l'ait pas fait directement, cela est de toute évidence, puisque rien, dans l'article XLII, n'exprime cette nullité. Nous ajoutons que cette nullité ne peut même pas s'induire indirectement, en vertu d'un raisonnement ou d'une assimilation quelconque, puisque ce même article XLII, à le bien comprendre et malgré la sévérité cruelle qu'il déploie contre les auteurs du rapt, peut se concilier avec la validité d'une union primitivement entachée de véritable rapt, c'est-à-dire de rapt de violence ; ce qui permet de conclure, par *a fortiori*, à la validité d'un mariage affecté du vice de ce rapt si douteux qu'on s'obstine à voir dans l'absence du consentement de la famille. Avant tout, l'article XLII édicte une pénalité bien plus qu'il ne fulmine une nullité ; ou si l'on veut absolument que la nullité puisse ressortir de cet article, il faut reconnaître que la question de validité et de nullité devra échapper à la juridiction des tribunaux séculiers pour être exclusivement réservée à l'examen de la Cour ecclésiastique. Cette observation et le départ d'attribution qui en résulte découlent de la note suivante de Coquille sur l'article XLII :

« *Punis de mort*. La peine de mort se trouve avoir esté ordon-
» née par un ancien édit du roy François Ier, fait par l'avis du
» grand Conseil, *in l. I. C. de raptu virg*. La loi répute que la
» fille est ravie quand par blandices et allèchements sa vo-
» lonté est gagnée. L'autre sorte de rapt est qu'on ravit et
» oste au père, mère et tuteurs, soit paternels ou maternels,

» l'autorité, conseil et commandement qu'ils ont sur les mi-
» neurs en affaire de si grande importance. *En la cause du*
» *sieur de Maiziers nommé d'Anjou, et en la cause de Luillier*
» *sieur de la Mothe d'Esgry, fut jugé que ETIAM rapt se disait*
» *d'un masle, jeune adolescent, qui avait été attiré à mariage* ».

Ainsi, nous sommes bien là en présence d'une application de la théorie du rapt de séduction, nécessairement présumé au cas de non consentement de la famille. Le mariage est-il nul ou valide ? Coquille ne le dit pas : cependant il n'aurait pas manqué de le faire, si la solution dépendait du texte de l'Ordonnance de Blois. Voici sa conclusion qui est à noter, parce qu'elle nous semble de nature à fixer le véritable sens de la loi portée par la puissance séculière, et à déterminer les limites exactes de chacune des deux juridictions : « La cour,
» après avoir annulé les pactions et convenances, renvoya les
» parties, *super fœdere et vinculo matrimonii*, par devant le
» juge de l'Église ». Donc, de l'aveu de Coquille, le témoin le plus autorisé de la pensée du législateur, c'est à l'Église, et à l'Église seule, à trancher le débat sur la valeur essentielle du lien matrimonial. Ce qui n'est pas moins digne de remarque, c'est le silence de Coquille sur cette présomption fatale de rapt de séduction conduisant à la nullité du mariage, toutes les fois que le père n'a pas consenti au mariage du mineur. D'après lui, le juge d'Église décidera souverainement de la validité ou de la nullité de cette union certainement entachée de séduction, puisque les *pactions et convenances* ont été annulées. En résumé, si nous décomposons l'hypothèse en ses éléments principaux, nous trouvons :

1° Le mariage d'un mineur sans le consentement de ses parents ;

2° Ce mariage considéré comme vicié par le rapt de séduction ; ce qui devrait, dans la rigueur des principes, entraîner la nullité, le rapt étant un empêchement dirimant ;

3° Une sentence du tribunal laïque déclarant que pour le

juge séculier, le rapt de séduction n'est pas douteux ; d'où annulation des *pactions et convenances,* c'est-à-dire de certains effets civils du mariage ;

4° Reconnaissance explicite de l'autorité absolue et exclusive de l'Église sur la question de validité ou de nullité du mariage, *même* après que la cour laïque, le Parlement, a judiciairement affirmé l'existence du rapt de séduction.

Impossible de mieux tracer les bornes qui auraient assuré une entente durable, si l'État n'avait peu à peu empiété, sous l'influence des parlementaires et des civilistes. Mais comme on s'en réfère toujours, auteurs et jurisconsultes, — Pothier aussi bien que Daguesseau, — à l'article XLII de l'Ordonnance de Blois, pour soutenir la nullité radicale du mariage contracté en minorité sans l'assentiment de la famille, on voit combien est fragile la base juridique de ce système, puisque, de l'avis même d'un contemporain ou mieux d'un inspirateur de cette Ordonnance, le juge laïque ne peut s'occuper que des effets relativement secondaires du mariage, réservant à l'autorité ecclésiastique le soin et surtout le droit de juger la question de fond, c'est-à-dire la question de validité.

Or quelle est à cette époque la discipline de l'Église sur le mariage entaché de rapt ? Le dernier Concile, dont le législateur français connaissait les solutions à ce sujet, avait adopté les principes suivants, qui tenaient le milieu entre la sévérité exagérée de la première période où le mariage était défendu à tout jamais entre le ravisseur et la personne ravie, et la facilité peut-être trop grande de la seconde période où chaque espèce se résolvait, d'après les circonstances, dans le sens de la validité ou de la nullité. Désormais, le rapt est un empêchement *absolu* mais *temporaire* : tant que la jeune fille enlevée est au pouvoir de son ravisseur, le mariage est impossible ; aussitôt que la liberté lui a été rendue, l'empêchement dirimant disparait et le mariage peut se contracter validement. Tels sont les éléments d'appréciation qui dirigent, dans la sen-

tence à rendre, le juge d'Église seul compétent pour statuer, en cas de rapt, sur l'existence du mariage. L'article XLII de l'Ordonnance, tout en ne réglant pas, selon Coquille, la question de fond, est-il cependant conforme, par l'interprétation que lui donnait l'ancien Droit, à la loi du Concile de Trente ? En aucune façon, et c'est pour ce motif que nous avons dit plus haut que son texte ou plutôt le sens qu'on y attacha était en contradiction avec la discipline de l'Église. N'est-il pas singulier d'abord qu'on tire une nullité d'un texte qui n'en parle pas ? Nous voyons bien que les ravisseurs sont punis de mort ; nous ne voyons pas que la nullité du mariage soit prononcée. Mais, dira-t-on, cette nullité va de soi, puisqu'il y a rapt et que l'Église considère le rapt comme un empêchement dirimant au mariage. Rien de plus juste, à la condition toutefois que si l'on accepte la théorie de l'Église sur le rapt, on prenne cette théorie tout entière, dans son intégralité, sans y ajouter, sans en retrancher quoi que ce soit. Or les dispositions de l'Édit de Blois en son article XLII ne nous paraissent nullement reproduire les règles du Concile de Trente sur le rapt. L'assemblée des évêques a nettement distingué entre le mariage vicié par le rapt et le mariage contracté sans le consentement de la famille : le premier, il le déclare nul ; le second, il le reconnaît pour valide. Si l'article XLII n'a trait qu'au véritable rapt, c'est-à-dire au rapt de violence, les mots, *sans le gré, sceu, vouloir et consentement exprès des pères, mères et des tuteurs*, sont incompréhensibles, car on ne voit pas en quoi le consentement des personnes énumérées, s'il était possible, influerait en faveur de la validité d'un mariage contracté par violence. Si l'article XLII se rapporte au rapt de séduction, ce que semble bien indiquer le mot *suborner*, et en admettant que l'Église ait reconnu sans contestation la légalité canonique de la théorie du rapt de séduction, les oppositions entre les lois subsistent encore. Pourquoi cette pénalité exorbitante, *la mort*, que le Concile de Trente ne sanctionne pas ? Pourquoi cette déclaration inexpli-

cable qu'il ne sera jamais fait *ni grâce ni pardon*, alors que le Concile veut que l'empêchement dirimant n'existe plus après que la jeune fille aura cessé d'être en la puissance du ravisseur, soit que celui-ci ait agi par violence, soit qu'il ait agi par séduction ? Pourquoi surtout décider que *nonobstant tous consentements que lesdits mineurs pourraient alléguer par après avoir donné audit rapt lors d'icelui ou auparavant*, la peine de mort sera encourue, puisque, s'il y a eu consentement précédant ou accompagnant, on ne peut pas dire, le rapt, mais le mariage de la jeune fille, il ne saurait être question d'enlèvement ? Soutiendra-t-on que, malgré le silence de l'Ordonnance, ce n'est pas seulement la pénalité explicitement énoncée, mais encore la nullité du mariage lui-même que contient l'article XLII ? Nous répondrons que cela n'est possible qu'à la condition d'aller jusqu'à vouloir que l'Ordonnance de Blois se soit mise ouvertement en contradiction avec la loi religieuse, puisque le Concile de Trente enseigne expressément qu'il n'y a plus d'empêchement de rapt d'aucune sorte, ni de violence, ni de séduction, quand la jeune fille a retrouvé sa liberté. Que devient alors la jurisprudence de l'arrêt cité par Coquille, arrêt aux termes duquel c'est à l'Église seule, appliquant la loi canonique, qu'appartient le droit de juger *super fœdere et vinculo matrimonii* ? Enfin, si l'article XLII règle l'hypothèse d'un mariage contracté en minorité sans le consentement de la famille et assimilé, en vertu d'une présomption juridique, à un rapt de séduction dont les parents seraient victimes, le conflit entre les deux lois est encore plus insoluble, l'ordonnance déclarant coupable et nul ce que le Concile reconnaît comme coupable sans doute, mais comme parfaitement valide. D'un côté, l'ordonnance punirait de mort, après avoir annulé son mariage, celui qu'elle tiendrait pour coupable de rapt, parce qu'il aurait épousé une fille mineure sans l'assentiment de la famille ; de l'autre côté, l'Église, jugeant souverainement suivant Coquille sur la question de ce mariage, pourrait peut-être blâmer ce même mariage

comme illicite mais l'aurait pour inattaquable, à raison de la décision très catégorique du Concile de Trente. Il n'y a qu'un moyen, à notre avis, de sortir de l'inextricable difficulté où jette un commentaire trop absolu de l'article XLII, c'est de maintenir forcément la distinction faite par Coquille et que lui inspirait la pratique des tribunaux de son temps. L'Église statuera sur le principal; l'État statuera sur l'accessoire. Si l'Église rend la première sa sentence et déclare qu'il n'y a pas mariage, tout devra tomber, principal et accessoire ; cependant l'État se réservera la règlementation ou mieux la liquidation des questions d'intérêt nées de ce mariage en quelque sorte provisoire. Si au contraire, d'après une marche qui nous paraît moins logique, l'État se prononce le premier sur ce que Coquille appelle *les pactions et convenances*, c'est-à-dire sur les effets civils du mariage, plusieurs hypothèses se présentent.

L'État maintient les *pactions et convenances* : cette solution laisse intacte la question ultérieure de validité du mariage qui sera soumise ou non à l'examen de l'Église. Si le tribunal ecclésiastique déclare le mariage valide, il paraît bien difficile que l'État conserve des *effets*, — les pactions et convenances, — la *cause*, c'est-à-dire le mariage, n'existant plus ; à moins qu'il ne s'agisse de sauvegarder de graves intérêts engagés ou de récompenser la bonne foi des parties.

L'État annule les *pactions et convenances* : pas plus que la précédente, cette solution n'entrave l'exercice de la juridiction ecclésiastique. Si l'Église juge que le mariage est valide, rien n'empêche que ce mariage, valide pour le fond, ne sorte pas tous ses effets civils, parce que les époux, tout en satisfaisant aux prescriptions essentielles de l'Église, n'auront pas obéi aux lois et règlements que l'État aura très légitimement portés dans la sphère des conséquences et des intérêts civils. Si l'Église annule pour le principal cette union que l'État a, en quelque sorte, déjà découronnée, en lui refusant certains des avan-

tages d'un mariage parfait aux yeux des deux puissances, pas la moindre difficulté.

On pensera peut-être que toutes ces distinctions sont fort subtiles, bien embarrassantes dans la pratique ; que tout ce mécanisme d'attributions, de juridictions diverses, est très compliqué et ne fait que jeter la confusion dans la procédure déjà si délicate du mariage. Nous pourrions répondre qu'une inhabileté dans l'exposition, qui serait notre fait, ou qu'une obscurité naissant du sujet lui-même, ne sont pas des preuves concluantes contre la vérité intrinsèque d'un système. De plus, on pourrait ajouter que le commentateur d'une loi n'a pas à se demander si elle donne lieu ou non à des distinctions plus ou moins difficiles, mais bien à rechercher exactement la pensée du législateur. Or il nous paraît que jamais, dans l'ancien Droit, quelque vif que pût en être son désir intime, quelque pressantes que fussent les instances de la jurisprudence et de la doctrine civiliste, le législateur français ne s'est mis directement et ouvertement en opposition avec la loi religieuse sur la question de validité essentielle du mariage. En parlant ainsi, nous n'oublions ni la théorie, chère aux gallicans et aux parlementaires, de la division du mariage en deux éléments, dont l'un, le contrat civil, réglé exclusivement par l'État, serait la matière nécessaire du sacrement, le second élément, sur lequel l'Église exercerait son action. Nous n'oublions pas non plus l'extension si habile qui fut faite du rapt de séduction au cas de mariage contracté sans le consentement des parents. Mais nous refusons de croire, jusqu'à preuve du contraire — preuve que nous n'avons pas encore rencontrée, — que cette théorie, que cette extension, aient *officiellement* passé dans le texte de nos lois. La première raison de cette conviction est que rien dans l'article XLII ne fait mention de cette théorie ; que pas un mot de la loi ne prononce nettement la nullité du mariage exempt de subornation et dont le seul vice serait le défaut de consentement des parents. L'article dit que les coupables, homme ou femme, car la subor-

nation peut venir des deux sexes, seront punis de mort; il ne dit pas que l'époux survivant passera pour avoir été le concubin ou la concubine de la victime de cette épouvantable répression, ni que les enfants seront traités comme bâtards. Il y a plus, l'article XLI dit formellement le contraire par l'allusion faite à l'Ordonnance de 1556 qui consacre la légitimité de l'épouse et des enfants dans ce cas. La seconde raison est que le législateur de notre ancien Droit a toujours protesté de sa volonté de respecter l'autorité souveraine de l'Eglise en matière de mariage; et que cette intention s'est manifestée de la manière la moins équivoque, notamment à l'occasion de l'Édit de 1639 rendu par Louis XIII.

Nous arrivons maintenant à la deuxième partie de l'article XLII, relative à la pénalité qui atteindra les complices du rapt. S'il s'agit du véritable rapt, c'est-à-dire du rapt de violence, nous comprenons à merveille la sévérité du législateur. L'article CXI de l'ordonnance du roi Charles IX rendue en janvier 1560 a déjà traité cette hypothèse. Nous y voyons que le juge doit *procéder extraordinairement comme crime de rapt contre les impétrants*. Est-ce la peine de mort? On pourrait le croire, au moins dans le cas prévu par l'article XLII *in fine*, puisque le texte porte : *et pareillement seront punis extraordinairement*, et qu'au début de ce même article la peine de mort est expressément prononcée. S'il s'agit du rapt de séduction, cette pénalité, déjà exagérée, quand on l'applique à l'auteur de la séduction, devient odieuse quand on y soumet les complices des manœuvres séductrices. Cependant nous comprendrions, à l'extrême rigueur, qu'on assimilât jusqu'aux dernières conséquences le rapt de séduction au véritable rapt de violence, afin d'assurer la liberté des mariages. Mais ce qui nous paraît absolument intolérable, *indigne des lois d'un peuple civilisé*, ainsi que le remarque M. Viollet (1), c'est l'appli-

(1) Viollet, *opere citato*, p. 345.

cation de cet article dans ses deux parties, celle qui vise les auteurs principaux comme celle qui regarde les complices, au simple fait de se marier en minorité sans le consentement de ses parents. Nous ne saurions trop le répéter, si cette troisième hypothèse est réellement prévue par l'article XLII, c'est la mort pour l'enfant rebelle et fatalement présumé séducteur ; ce serait également la mort pour les complices, au cas où cette *pareille punition extraordinaire* devrait s'entendre d'un châtiment semblable à celui qui atteint les auteurs principaux. Or, ne l'oublions pas, parmi *tous ceux qui auront participé au rapt, et qui y auront presté conseil, confort et ayde, en aucune manière que ce soit*, se rencontrera certainement le prêtre, le curé qui aura servi de témoin principal à cette union répréhensible sans doute devant la conscience, mais d'une incontestable validité aux yeux de l'Église, aux yeux mêmes de l'État qui a rendu l'Ordonnance de 1556 rappelée par l'Ordonnance de Blois. Voilà pourquoi nous nous demandions plus haut, sans y insister plus qu'il ne convenait, si nous n'aurions pas à contester ce fait inoui d'un prêtre exposé à subir la peine capitale, parce qu'il aurait, par sa présence, participé au rapt résultant nécessairement de l'absence de consentement des parents au mariage de leur enfant mineur. Encore bien que les textes ne soient pas très clairs, surtout si l'on rapproche les articles XL et XLII de l'Ordonnance de Blois, nous reconnaissons volontiers que nos craintes étaient exagérées. Voici en effet le commentaire autorisé que nous a laissé Duret sur la fin de l'article XLII : « *Conseil, confort et aide* : Les peines ordonnées contre les ravisseurs, qui sont l'exil perpétuel avec confiscation de biens,
» regardent aussi ceux qui les ont accompagnés au rapt et
» tous autres qui ont presté aide et secours, ou qui ayant sçu
» leur intention, leur ont donné conseil pour réussir dans leur
» entreprise : *L. unic. C. de raptu virgin. l. 1. C. si Rector*
» *Provinc.* »

L'*exil perpétuel et la confiscation de biens*, assez singulière-

ment exhumés du Droit romain, nous semblent des peines déjà bien dures pour avoir participé au mariage contracté en minorité sans l'assentiment de la famille.

Le caractère plutôt pénal, ou même peut-être exclusivement pénal, des dispositions étudiées, nous apparaît mieux encore dans l'article XLIII ainsi conçu :

« Défendons à tous tuteurs accorder ou consentir le mariage
» de leurs mineurs, sinon avec l'avis et consentement des
» plus proches parents d'iceux, sur peine de punition exem-
» plaire ».

Est-il permis de dire que le législateur ait entendu prononcer la nullité de mariages contractés en violation de la présente défense ? Non assurément, par le principe aussi souvent invoqué qu'opportun à rappeler que les nullités ne se suppléent pas, et que là où la loi se contente de punir le coupable, on n'a pas le droit d'ajouter à cette sanction la nullité de l'acte accompli. En conséquence, le mineur qui se marie sans l'autorisation de son tuteur et l'avis de ses plus proches parents, dont le rôle prépare celui de notre conseil de famille actuel, fait un acte valide, inattaquable, bien que son tuteur encoure une punition exemplaire. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'article XLII, au moins pour celle de ses hypothèses où il n'y a aucune sorte de rapt, ni de violence ni de séduction, mais simplement l'acte peu respectueux et blâmable d'un mineur qui se marie sans obtenir l'agrément de ses parents ? Il n'est pas téméraire de penser que l'Ordonnance de Blois, comme notre Code civil, a voulu rapprocher ces deux cas : celui du mariage d'un mineur en dehors du consentement du père, et celui du mariage d'un mineur sans l'avis du tuteur et des proches parents. Or notre Code civil annule également ces deux mariages; puisque l'Ordonnance de Blois dans son article XLIII n'annule évidemment pas le mariage du mineur en tutelle, pourquoi aurait-elle annulé le mariage du mineur soumis à la puissance paternelle?

Nous convenons que cette observation ne suffirait pas à triompher d'un texte explicite et précis ; mais nous raisonnons toujours dans le cas où la loi ne se serait pas clairement expliquée, ce qui est bien l'hypothèse pour l'article XLII et XLIII où il n'est question que de punition et non de nullité.

Enfin le dernier article de l'Ordonnance de Blois qui se rapporte à la matière du mariage est l'article XLIV ainsi conçu : « Pareillement défendons à tous notaires, sur peine de puni- » tion corporelle, de passer ou recevoir aucunes promesses de » mariage par paroles de présent ».

Cette disposition est la conséquence de la loi impérative contenue dans l'article XL qui promulgue le décret du Concile de Trente sur l'annulation, pour l'avenir, des mariages proprement clandestins. En effet, jusqu'à la déclaration du Concile de Trente, on tenait pour valide non seulement le mariage public, c'est-à-dire l'échange de consentements réciproques passé devant un notaire dont l'attestation autorisée était simplement une preuve de plus de la sincérité des parties ; mais encore le mariage absolument secret, qui n'est autre chose qu'un engagement sincère et mutuel de se prendre pour mari et femme, contracté sans aucune espèce de solennité, sans prêtre, sans témoin, et résultant du fait que les deux parties s'engageaient sérieusement et mutuellement à se considérer comme époux devant Dieu. C'était l'antique formalisme ou plutôt l'absence absolue de formalisme du Droit romain sur les justes noces. Nous reconnaissons que si cette facilité était favorable à la liberté du mariage pourvu que les parties ne fussent pas liées par un empêchement dirimant, elle présentait des inconvénients graves.

Aussi toutes les puissances catholiques avaient-elles pressé les Pères du Concile d'exiger désormais une publicité dans le mariage ; et l'Église avait décidé que cette publicité nécessaire consisterait essentiellement et suffisamment dans la présence du curé de l'une au moins des parties et dans la publication

des bans de mariage. Donc, l'Ordonnance de Blois ne faisait par son article XLIV que tirer une conséquence du décret conciliaire, et éclairer les parties sur l'incompétence radicale d'un officier public dans une question de mariage, dont la validité était, encore plus étroitement que par le passé, rattachée à l'intervention de l'Église.

En résumé, l'Ordonnance de Blois, dans ses dispositions sur le mariage, prononce bien la nullité pour cause de clandestinité proprement dite, et en cela ne fait que suivre le Concile de Trente ; mais, tout en privant, en vertu de l'Édit de 1556 rappelé par l'article XLI, de leurs droits héréditaires les enfants de famille qui contractaient mariage sans le consentement de leurs parents, elle n'a garde de prononcer la nullité de pareilles unions. Ce silence, cette réserve, lui sont imposés tout à la fois, par la conviction où est le législateur qu'il manque de l'autorité nécessaire pour établir de lui-même un empêchement dirimant, et par la reconnaissance du droit exclusif de l'Église de juger les questions de validité ou de nullité du mariage. C'est ce que confesse Charondas, un vieux commentateur du Code de Henri III (1).

(1) « Entre les sacrements, l'Église catholique nombre le mariage, et » comme il se fait en icelle, il ne peut être réputé autre ; et ainsi les anciens » docteurs de l'Église l'ont tenu et nommé, dont on peut voir le Concile de » Trente, session 24e, et partant la connaissance en appartient au juge » d'Église tant pour conjoindre que pour dissoudre. »

CHAPITRE II

LES ACTES LÉGISLATIFS DE LOUIS XIII SUR LA QUESTION DU CONSENTEMENT DES PARENTS.

SOMMAIRE. — Édit de Melun de 1580. — Code Michaud. — Article XXXIX de l'Ordonnance de 1629. — Diverses hypothèses visées par l'Édit de Blois et par l'Ordonnance de 1629. — Nullité ajoutée à l'Édit de Blois par l'article XXXIX de l'Ordonnance de 1629. — Conduite de l'épiscopat français en présence de cette nullité qui n'était pas d'origine canonique. — Interprétation donnée par Louis XIII et conséquences qu'elle entraîne. — Article CLXIX de l'Ordonnance de 1629 ; sa férocité. — Motif historique de la Déclaration de 1639. — Texte de la Déclaration et commentaire. — La conclusion sera au moins le doute. — Les jurisconsultes et la présomption de séduction. — Jérôme Bignon.

L'Ordonnance de Blois, au milieu des ambiguités, des obscurités qu'elle créait, avait eu ce résultat fâcheux pour la bonne harmonie entre les deux pouvoirs d'étendre les attributions des tribunaux laïques sur les causes matrimoniales. Cette compétence, spécialement dans l'hypothèse de l'état social consacré par notre ancien Droit, nous ne la combattons pas en principe ; elle est légitime, même nécessaire dans la sphère d'action de la société civile. Mais, étant donné les tendances envahissantes des conseillers royaux, l'abus devait facilement suivre l'usage ; et il arrivait probablement très souvent que le juge laïque, sous prétexte d'appliquer les pénalités encourues par le rapt, s'immisçait jusqu'à l'examen de la question de fond, de validité du mariage, et contrariait ainsi l'exercice de la juridiction ecclésiastique seule compétente, de l'aveu de Coquille, pour prononcer la nullité ou la validité d'une union matrimoniale. La logi-

que demandait, il nous semble, qu'en vertu du principe : *le civil tient le criminel en état*, qui est une maxime de bon sens et d'ordre public, le juge d'Église décidât d'abord si le mariage était nul par suite du rapt, et qu'ensuite le juge séculier, pour suppléer à l'impuissance volontaire de l'Église qui a horreur du sang, appliquât cette sanction sanglante, la mort du coupable, au cas où les prescriptions de l'ordonnance lui paraîtraient avoir été violées. Il faut bien croire que les choses ne se passaient pas ainsi, et que c'était au contraire *le criminel qui prétendait tenir le civil en état* d'une façon tyrannique. Le roi Henri III, dans l'Édit de Melun du mois de février 1580, promulgue un article XXV qui accuse nettement les empiètements de la juridiction séculière.

Nous arrivons aux Ordonnances de Louis XIII, qui ont une importance capitale pour notre thèse ; parce qu'elles font voir clairement la véritable pensée du législateur, et qu'elles accentuent ces pénalités vraiment sauvages dont l'âge précédent avait légué le principe.

A l'exemple du dernier Valois, Henri III, qui avait promulgué l'Ordonnance de Blois en 1579 après les États-Généraux qui se tinrent sous son règne dans la même ville, Louis XIII édicta, après la réunion des États-Généraux de 1614, tout un ensemble considérable de dispositions législatives qui ne comprennent pas moins de 461 articles. C'était le résultat du désir souvent exprimé, principalement par les députés du Tiers, de voir paraître une codification générale des Ordonnances. Ce vœu ne fut jamais pleinement exaucé dans notre ancien Droit : cependant on peut considérer que la grande Ordonnance de 1629, dite *Code Marillac* ou *Code Michaud*, en est une réalisation partielle.

Ce monument législatif a pour titre :

Ordonnance sur les plaintes et doléances faites par les députés des États de son royaume, convoqués et assemblés en la ville de Paris en l'année 1614, *et les avis donnés à Sa Majesté par les*

assemblées des notables, tenues à Rouen en l'année 1617, *et à Paris en l'année* 1629, *et publiée à Paris au mois de janvier* 1629.

Dans cette revue sommaire de la législation en vigueur, la question si grave du mariage ne pouvait être passée sous silence. De là, les deux articles XXXIX et CLXIX qui s'occupent du point particulier que nous traitons :

« *Article XXXIX.* — L'ordonnance de Blois touchant les » mariages clandestins, sera exactement observée ; *et y ajoutant*, voulons que tous mariages contractés contre la teneur » de ladite ordonnance, soient déclarés *non validement contractés*, faisant défenses à tous curés et autres prêtres sécu» liers ou réguliers, sous peine d'amende arbitraire, célébrer » aucun mariage de personnes qui ne soient de leurs paroisses » sans la permission de leurs curés, ou de leur évêque diocé» sain, nonobstant tous privilèges à ce contraire, et seront » tenus les juges d'Église juger les causes desdits mariages » conformément à cet article. »

Si nous ne trouvions pas autre chose dans cet article que le rappel de l'Ordonnance de Blois et une affirmation nouvelle de la compétence des juges d'Église pour trancher les causes matrimoniales, nous pourrions rapidement passer outre, en renvoyant aux explications précédemment données. Mais Louis XIII ajoute aux lois antérieures *et y ajoutant* ; et ce qu'il ajoute, c'est une sanction de nullité dans *tous* les cas où l'Ordonnance de Blois aura été violée. Or, l'Ordonnance de Blois avait réglé plusieurs hypothèses que nous avons soigneusement distinguées :

1° Le mariage proprement dit *clandestin* (1re partie de l'article XL), c'est-à-dire le mariage sans publicité, qu'elle déclarait nul, après le Concile de Trente et conformément à la décision préalable de l'Église. Sur ce premier point notre article XXXIX n'ajoute rien.

2° Le mariage improprement dit *clandestin* (2e partie de l'ar-

ticle XL), c'est à-dire le mariage contracté en minorité sans le consentement de la famille, et qui n'est pas d'ailleurs entaché du vice de rapt, soit par violence, soit par séduction. Sur ce second point, la 2e partie de l'article XL de l'Ordonnance de Blois était muette *quant à la nullité*, encore bien qu'on assimilât le prêtre témoin de ce mariage au fauteur du crime de rapt. C'est ici qu'apparaît l'innovation profonde du législateur. La généralité des termes dont il se sert dans l'article XXXIX de l'Ordonnance de 1629 permet de conclure que cette seconde hypothèse, sur laquelle Henri III ne s'était pas nettement prononcé, donnera lieu désormais à une nullité nouvelle. Autrement, il serait impossible de montrer ce que Louis XIII aurait ajouté aux lois de Henri III (1).

La situation est donc des plus simples. D'un côté, Henri III manifeste bien, dans la deuxième partie de l'article XL de l'Ordonnance de Blois, toute la répulsion que lui inspire le mariage contracté en minorité sans le consentement de la famille. Il va même, dépassant toute mesure, jusqu'à comparer le prêtre témoin d'une union de ce genre à un fauteur du crime de rapt ; mais il ne dit pas que le mariage sera nul. D'un autre côté, Louis XIII, rappelant d'un mot toutes les dispositions de l'Ordonnance de Blois qu'il qualifie d'ailleurs assez inexacte-

(1) Nous laissons de côté une troisième hypothèse prévue par l'ordonnance de Blois, celle du rapt —violence ou séduction —que mentionne, principalement au point de vue de la pénalité, l'article XLII. Sur ce troisième point, l'ordonnance de 1629 n'avait rien à ajouter, puisque la nullité du mariage entaché de rapt de violence était certaine en vertu de la loi canonique ; et que, dans les cas de rapt de séduction, la nullité du mariage était également encourue, en admettant que le juge d'Église ait toujours assimilé la séduction à la violence. En résumé, sur les hypothèses réglées par l'ordonnance de Blois, *clandestinité*, *rapt*, *mariage sans le consentement des parents*, les deux premières, *le rapt et la clandestinité*, donnaient déjà lieu, de par la loi canonique et l'ordonnance de Blois qui ne faisait que promulguer et accentuer la loi canonique, à l'application d'une nullité. Pour la troisième hypothèse, l'ordonnance de 1629 ajoutait une nullité d'origine purement civile à la pénalité édictée par l'ordonnance de Blois.

ment d'ordonnance *touchant les mariages clandestins, ajoute* à cette ordonnance antérieure une nullité que cette dernière loi ne contenait pas. Or la nullité existant déjà aux cas de clandestinité et de rapt, il ne peut être question, pour tomber sous le coup de cette nullité, que de l'hypothèse d'un mariage contracté en minorité sans l'assentiment de la famille.

Ainsi l'opposition entre les deux lois, religieuse et civile, prend une netteté, une précision qu'elle n'avait jamais eue jusqu'alors. Malgré les instances des princes chrétiens, en particulier des rois de France, le Concile de Trente a refusé de sanctionner la nullité du mariage contracté par le mineur sans le consentement de son père. Nos souverains n'ont pas osé d'abord contredire ouvertement à cette décision ; ils se sont contentés de frapper cruellement les complices de cet acte, illicite, l'Église le reconnait, mais toujours valide. Bientôt, cédant à l'opinion, obéissant à l'influence des jurisconsultes civilistes qui voient dans la théorie du rapt de séduction un moyen de battre en brèche l'autorité antique et exclusive de l'Église en matière de mariage, ils amalgament habilement l'idée de rapt avec le mépris de la puissance paternelle. Enfin, croyant le moment opportun pour consommer une usurpation définitive, le législateur français essaye de consacrer par un texte authentique un droit nouveau que toute la tradition dément, celui de créer un empêchement dirimant inconnu dans la législation canonique. Cet empêchement dirimant nouveau, en opposition formelle avec la loi religieuse, résulterait désormais de l'article XXXIX de l'Ordonnance de 1629, dont les mots *non valablement contractés* s'appliqueraient, entre autres hypothèses, au cas du mariage d'un mineur sans le consentement de sa famille.

Si l'Église de France accepte en silence cette injonction royale, c'en est fait de son ancienne autorité sur la valeur intrinsèque du mariage. Désormais ce n'est plus le droit canonique qui règle exclusivement la question de validité ou

de nullité ; l'État intervient à son tour pour poser souverainement une condition nouvelle à la validité des mariages, celle du consentement des parents en cas de minorité des époux. Ce n'est pas seulement à l'Édit de Blois que Louis XIII *ajoute*, c'est aussi bien à l'Édit de 1556 qui se trouve profondément modifié, puisque des unions que ce dernier Édit punissait, mais tenait pour inattaquables, seront dorénavant déclarées *non valablement contractées*. Si ce n'est pas encore le mariage civil, c'est-à-dire la rupture complète avec toutes ses conséquences radicales et franches ; c'est du moins un acheminement vers cette solution, par la création légale d'une hypothèse où il pourrait y avoir mariage véritable aux yeux de l'Église, sans que ce mariage existât aux yeux de l'État.

L'épiscopat français tout entier s'émut de cette doctrine. Voici ce que nous lisons à ce sujet dans un auteur de l'ancien Droit : « L'assemblée du clergé de France, qui se tint vers 1629, » voyant que ces termes de *non valablement contractés*, tom- » baient également sur ces trois sortes de mariages contractés » contre la teneur de l'ordonnance de Blois, supplia Sa Majesté » par ses députés de vouloir expliquer le sens qu'il prétendait » donner à ces termes : s'il voulait entendre que dans ce cas, » *même dans celui où il n'y aurait ni clandestinité, ni rapt*, le » mariage serait nul non seulement quant aux effets civils, » mais aussi quant à la substance du contrat. Le roi ayant » ouï la très humble supplique du clergé de France, fit répon- » dre à ses députés par monsieur le Chancelier, que les termes » de *non valablement contractés* n'avaient de rapport qu'au ci- » vil, dont les juges laïcs pouvaient seuls connaître. Ce fait se » lit dans le cinquième tome des *Mémoires du clergé* (1). »

Cette explication que le législateur a donnée lui-même de sa

(1) *Mémoires du clergé*. Édition 1769, T. V, p. 694 : « La remontrance du » clergé pour la première difficulté a été arrêtée par l'explication du mot » *valablement* ou *non valablement contractés*, qui ne peut être aucunement » pris que par rapport au contrat civil par des juges laïques. »

loi nous fait connaître que son intention n'était pas de déclarer que le *seul* défaut du consentement des pères et mères rendît le mariage nul et invalide comme sacrement et par rapport au for intérieur, mais seulement comme contrat civil, ou mieux par rapport aux effets civils que le mariage produit à l'égard de ceux qui le contractent avec le consentement de leurs parents. Chauveau, en son Commentaire sur l'article XL de l'Ordonnance de Blois, (livre II, titre II,) et Brodeau sur Louet (lettre M, chapitre VI) ont interprété en ce sens toutes les Ordonnances que nos rois ont faites sur cette matière. Ainsi, suivant l'opinion de ces jurisconsultes, quand il n'y a ni rapt ni clandestinité dans les mariages où les mineurs se sont engagés, et qu'il ne s'y trouve que le défaut du consentement des pères et mères, tuteurs ou curateurs, les parlements se conformant aux Ordonnances ne déclarent ces mariages non valablement contractés que quant aux effets civils qui sont l'état de la femme et des enfants, la communauté des biens, la dot, le douaire, les conventions matrimoniales, les donations, les successions, etc. Les Parlements ne prétendent donc déclarer non valablement contractés quant au sacrement, c'est-à dire quant au lien essentiel du mariage, les mariages des enfants mineurs, faits sans le consentement de leurs pères et mères, tuteurs ou curateurs, que lorsqu'il y aura du rapt ou de la clandestinité qu'ils regardent, conformément aux dispositions de la loi canonique, comme deux empêchements dirimants du mariage.

Une autre conséquence, très importante aussi pour notre thèse, résulte de cette jurisprudence qui ne fut pas universelle, mais qui nous paraît être la seule en harmonie avec la véritable pensée de l'auteur de la loi. C'est la condamnation officielle du système si cher aux civilistes et aux gallicans, qui consiste à distinguer dans le mariage deux éléments, le contrat civil et le sacrement : le contrat civil, matière du sacrement de mariage exclusivement réglée par la loi civile ; le mariage ou mieux le sacrement de mariage recevant de l'État la matière

que l'Église élève à la dignité sacramentelle ; de telle sorte qu'il ne puisse pas y avoir véritable sacrement de mariage, si les parties n'ont pas *préalablement* observé toutes les conditions imposées souverainement par l'État, en dehors de toute ingérence de l'Église, pour la formation du contrat civil, matière indispensable du sacrement. En effet, lorsque Louis XIII expliqua par son chancelier les termes de l'Ordonnance de 1629, il ne dit pas que l'absence d'effets civils était un obstacle à l'existence du mariage. Bien au contraire, il renverse complètement l'ordre que voudraient faire prévaloir nos adversaires. Ces derniers soutiennent que l'État a le droit de déterminer *d'abord* les éléments constitutifs du contrat civil, et que ce n'est qu'après que le contrat civil aura en quelque sorte surgi de toutes pièces, sans aucune intervention de la puissance religieuse, que l'Église prendra ce contrat civil comme la matière de son sacrement de mariage. Un sacrement ne pouvant exister sans matière sacramentelle et le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il s'ensuivrait, — si la doctrine exposée qui est celle de Pothier et de la plupart des jurisconsultes de l'ancien Droit traduisait fidèlement la volonté du législateur, — que l'État serait en définitive l'arbitre du mariage, et qu'on ne saurait concevoir un mariage ne produisant pas tous ses effets civils, puisque le mariage n'existerait qu'à la condition qu'il aurait été satisfait d'abord par les parties contractantes à toutes les exigences de la loi civile. Or, précisément dans l'espèce prévue, nous avons l'exemple d'un mariage, valide quant au lien mais nul quant à ses effets civils, dans la pensée de Louis XIII. Donc, bien loin que ce soit le sacrement qui se greffe pour ainsi dire sur le contrat civil, c'est le contrat civil ou mieux les effets civils de cet acte *un* dans son essence qui s'appelle le sacrement de mariage, qui se greffent sur le mariage, dont la validité intrinsèque dépend uniquement de l'observation des règles du droit canonique (1).

(1) Nous n'ignorons pas que, sous cette forme absolue, cette conclusion

En résumé, Louis XIII se défend d'avoir eu l'idée de viser directement l'essence du mariage, en créant de sa propre autorité un empêchement dirimant que n'aurait pas admis l'Église. Il confesse que le manque d'effets civils est une punition infligée à ceux qui ne se seront pas entièrement conformés à toutes les prescriptions de la puissance séculière. Mais cette pénalité n'empêche nullement que le mariage ne soit valide aux yeux de l'Église et même pour l'État quant à l'existence du lien matrimonial. Or ces conséquences nous paraissent inconciliables avec la théorie civiliste du contrat civil et du sacrement réglés séparément par chacune des deux autorités, aussi bien qu'avec la conviction qu'aurait eue le législateur de son droit d'établir, de lui-même, des empêchements dirimants au mariage. C'est toujours la constatation de l'opposition déjà signalée entre la volonté plus ou moins ferme du législateur de respecter l'autorité de l'Église pour le fond, et les tendances de la jurisprudence et de la doctrine vers un envahissement qui produira tout d'abord la confusion et enfin la scission.

est très contestable. On trouve en effet, dans Pothier, un article ayant pour titre, *De certains Mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils* (Partie V, chap. 2, Art. 3) : « La déclaration du » Roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils certains mariages quoi- » qu'ils aient été valablement contractés ». Et Pothier énumère trois espèces : « 1° Les mariages qu'on a affecté de tenir secrets jusqu'à la mort de » l'un des deux conjoints ; 2° (Art. 6), voulons que la même peine (de la » privation des successions) ait lieu contre les enfants qui sont nés de » femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont » à l'extrémité de la vie ; 3° Une troisième espèce de mariage, qui quoique » valablement contracté et quoiqu'il subsiste quant au lien naturel est » néanmoins privé des effets civils, est celui que contracte une personne » qui a perdu l'état civil par une condamnation à une peine capitale... »

On ne manquera pas de nous objecter que Pothier ne mentionne nullement, parmi les mariages valables mais dénués d'effets civils, le cas du mariage d'un mineur contracté sans le consentement de ses parents. Cela est vrai et n'a rien d'étonnant d'ailleurs, puisque Pothier tient pour la nullité *absolue* de cette sorte de mariage. Mais, à notre tour, nous pourrions demander qu'on nous expliquât alors ce qu'a voulu dire Louis XIII, quand il déclare que les mots *nuls et non valablement contractés* ne s'ap-

Nous venons de louer Louis XIII pour la manière loyale dont il explique la nullité contenue dans l'article XXXIX de l'Ordonnance de 1629. Il est très regrettable pour la bonne renommée de son œuvre législative que nous soyons contraint d'enregistrer l'article CLXIX de la même ordonnance, dont la lecture fera suffisamment ressortir l'odieuse férocité.

Article CLXIX ;

« Désirant conserver l'autorité des pères sur leurs enfants, » l'honneur et la liberté des mariages, et la révérence due à » un si saint sacrement, et empêcher qu'à l'avenir plusieurs » familles de qualité ne soient alliées de personnes indignes, » et de mœurs dissemblables, avons renouvelé les ordonnances » *pour la punition du crime de rapt. Et ajoutant à icelles*, vou- » lons que tous ceux qui commettront rapt et enlèvement de » veuves, fils et filles, estans sous la puissance des pères, mères, » tuteurs et parents, ou entreprendront de les suborner, pour se » marier, et qui auront aidé et favorisé tels mariages, sans » l'aveu et consentement de leurs parents, tuteurs et autres qui » les auront en charge, soient punis comme infracteurs des » lois et perturbateurs du repos public, et sera procédé contre » eux extraordinairement *par punition de mort*, et confiscation » de biens, sur iceux préalablement pris les réparations adju- » gées, sans qu'il soit loisible aux juges de nos cours souverai- » nes et autres, de modérer la peine établie par notre présente

pliquent qu'aux effets civils. Sans doute, la Déclaration de 1639, interprétative de l'Ordonnance de 1629, ne contient pas clairement la rectification que nous faisons découler de la réponse faite au nom de Louis XIII à l'Episcopat français par l'organe du Chancelier de France. Ce silence équivaut-il à une sorte de rétractation de l'interprétation royale donnée à la suite des plaintes du Clergé? Nous ne croyons pas qu'on puisse le soutenir. Dans tous les cas, ce qui nous paraît certain, c'est que la théorie civiliste sur le contrat civil, matière nécessaire du sacrement de mariage, est quelque peu ébranlée par ce fait que, de l'aveu du législateur, on peut concevoir un mariage reconnu valable quant au lien par la puissance séculière, bien que les parties n'aient pas rempli toutes les conditions nécessaires à la naissance du contrat civil.

» Ordonnance. Enjoignons à cet effet à tous nos juges d'infor-
» mer promptement desdits crimes, sitôt qu'ils auront été
» commis. Et à nos procureurs généraux et à leurs substituts,
» d'en faire poursuite, encore qu'il n'y eût plainte ni partie,
» pour être procédé au jugement, nonobstant oppositions et
» appellations quelconques, sous peine d'en répondre en leur
» nom. Et outre défendons très expressément à toutes person-
» nes de quelque qualité ou condition qu'elles soient de favo-
» riser, donner retraite ou recevoir en leurs maisons lesdits
» coupables, ny retenir les personnes enlevées, à peine au ra-
» sement d'icelles, et de répondre solidairement et leurs héri-
» tiers des réparations adjugées. Mesmes aux capitaines et
» gouverneurs qui commandent aux places sous notre autorité
» de ne les y admettre, ny recevoir sur les mêmes peines, et
» d'estre privés de leurs charges, lesquelles en ce cas avons
» déclarées vacantes et impétrables, pour y estre par nous
» pourvu, sans qu'ils y puissent être rétablis... »

Il faut avouer que *l'honneur et la liberté des mariages*, que *la révérence due à un si saint sacrement* ne pouvaient guère être plus sévèrement sauvegardés. La précision de ce texte qui semble écrit sous l'inspiration d'une haine aveugle est telle que nous sommes obligé d'admettre une conséquence repoussée jusqu'alors de cette législation vraiment sauvage. Nous voulons parler de la peine de mort encourue même par le prêtre qui, sciemment, aura prêté le concours de son ministère à la célébration d'un mariage contracté en minorité et sans le consentement de la famille. Nous nous plaçons bien entendu dans l'hypothèse des adversaires, pour qui le présent article est la condamnation non seulement du rapt de violence, crime qui légitimerait toutes les sévérités de l'Ordonnance, mais encore de ce rapt de séduction toujours présumé au cas de mariage d'un mineur sans le consentement de sa famille. En effet, le prêtre témoin d'un de ces mariages doit être évidemment compté parmi ceux *qui auront aidé et favorisé tels mariages*, qui

devront en conséquence être *punis de mort et confiscation de biens, sans qu'il soit loisible aux juges de modérer la peine*, c'est-à-dire, pourrions-nous traduire en langage courant, sans l'admission d'aucune circonstance atténuante. Est-ce que la constatation d'un pareil résultat, aussi conforme à la stricte logique du texte que contraire au bon sens, ne suffit pas à faire rejeter absolument la thèse qui s'obstine à rattacher à la théorie du rapt le cas du mariage d'un mineur contracté sans l'assentiment de ses parents ? Pour l'honneur de notre ancien Droit, nous persistons à croire que notre article et tous ceux qui reproduisent la même doctrine ne doivent s'appliquer qu'au rapt de violence, tout au plus au rapt de séduction, jamais à l'hypothèse du mariage d'un mineur en l'absence du consentement de la famille. Nous avouons cependant ne pas comprendre alors le sens de ces mots qu'on retrouve dans tous les textes du même genre, *sans l'aveu et consentement de leurs parents*, à moins qu'on ne nous explique en quoi un véritable rapt, de violence ou même de séduction, cesserait d'être un crime, par suite de l'odieuse participation de la famille à l'attentat.

La fin de l'article CLXIX rappelle la privation de certains effets civils, dont sont frappés les mariages conclus en contravention aux présentes dispositions :

« Et afin de faire cesser telles entreprises, et qu'à l'avenir » tels crimes ne puissent être excusés et couverts : voulons, » *suivant les saints décrets et les constitutions canoniques*, tels » mariages faits avec ceux qui auront enlevé lesdites veuves, » fils et filles, estre déclarés nuls et de nul effet et valeur, » comme *non valablement ni légitimement contractés*, sans que » par le temps, consentement des personnes ravies, leurs pa- » rents et tuteurs, prêté avant ou après lesdits prétendus ma- » riages, ils puissent être validés et confirmés : et que les en- » fants qui viendront desdits mariages soient et demeurent » bâtards et illégitimes, indignes de toutes successions, direc- » tes et collatérales qui leur pourraient échoir : ensemble les

» parents qui auront assisté, donné conseil, aide et retraite, » ou prêté consentement auxdits prétendus mariages et leurs » soins, à toujours incapables de pouvoir succéder directement » ou indirectement auxdites veuves, fils ou filles, et desquelles » audit cas nous les avons privés et déclarés indignes, sans » que lesdits enfants puissent être légitimés, ni leurs parents » réhabilités pour recueillir lesdits biens.. Et si aucunes let- » tres étaient impétrées de nous, par importunité ou autre- » ment, défendons à nos juges d'y avoir égard ».

Nous n'avons aucun doute sur la sincérité du législateur qui *veut suivre les saints décrets et les constitutions canoniques*, en édictant les dispositions que nous venons de transcrire ; mais nous sommes bien obligé de constater que le fait n'a pas répondu à son désir. Impossible en effet de contredire plus ouvertement à la loi religieuse sur laquelle on prétend se régler.

La loi canonique promulguée par le Concile de Trente est des plus formelles : l'empêchement dirimant de rapt, soit qu'il s'agisse de violence, soit qu'il s'agisse de séduction, ne subsiste qu'autant que la personne ravie est sous la puissance de son ravisseur ; dès que la liberté lui a été rendue, le mariage, entre les mêmes parties, peut être contracté validement. Or l'article CLXIX, s'il fallait le prendre à la lettre, énoncerait un empêchement *perpétuel*, résultant de ces mots : *sans que par le temps.., consentement des personnes ravies... prêtés avant ou après lesdits prétendus mariages... ils puissent être validés et confirmés...* Cette opposition catégorique entre les deux lois qu'on entendait cependant subordonner l'une à l'autre, aussi bien que le caractère absolu des termes *nuls*, *de nul effet*, furent certainement la cause pour laquelle l'Église de France réclama auprès de Louis XIII. Et comme ce dernier fit droit à ces observations, en restreignant l'application de l'Ordonnance aux effets purement civils du mariage, nous n'avons pas à nous arrêter à l'étude et à la discussion de toutes ses déchéances, puisqu'elles

laissent intacte, de l'aveu du législateur lui-même, la validité essentielle du lien matrimonial, seule question qui nous occupe.

Nous n'ignorons pas que l'Ordonnance de 1629 a eu, pour emprunter le langage de Le Merre, « *une mauvaise constellation à sa naissance* » ; ce qu'il explique, en disant qu'à l'occasion de quelques articles, cette vaste compilation connue sous le nom de *Code Michaud* tomba peu à peu en discrédit. Toutefois, relativement au mariage, la législation qu'elle renfermait devait passer dans les monuments législatifs qui suivront, avec des atténuations dues à l'effet des observations présentées par le clergé sur l'Ordonnance de 1629. Pothier et les auteurs civilistes se gardent bien de mentionner ce détail historique qui avait, on en conviendra, une importance capitale dans le débat.

Dix ans plus tard, Louis XIII édictait un nouvel acte législatif sur la matière, ayant pour titre : *Déclaration portant règlement sur l'ordre qui doit être observé en la célébration des mariages, et contre ceux qui commettent le crime de rapt.*

« L'occasion qui la fit éclore fut le dessein dans lequel M. de » Cinq-Mars, grand écuyer de France et favori de Louis XIII, » s'était laissé induire d'épouser clandestinement demoiselle » Marion de Lorme. Ce jeune seigneur était encore mineur. » Mme la maréchale Deffiat sa mère en fit plainte au Parlement. » Il y eut des informations et des décrets contre l'accusée et » ses complices, avec défense de passer outre à la célébration » du mariage : et ce fut lors Me Bignon, avocat général, le plus » sublime génie et le plus savant homme du siècle qui eut or» dre de la part du roy de donner cette Ordonnance (1) ».

Nous pourrions ajouter à ce motif historique une autre cause, tirée d'un fait bien connu, qui est le second mariage de Gaston d'Orléans avec Marguerite de Lorraine. Ce n'est pas absolument

(1) Le Merre, *Justification*, etc.

la même question, puisque, dans ce dernier événement c'était plutôt la prérogative royale que l'autorité de la famille qui était en jeu. Toutefois, comme le roi de France, en exerçant cette sorte de tutelle perpétuelle, quant au mariage, sur les membres de la famille royale, prétendait appliquer le vieux droit de l'antique *paterfamilias*, on peut sans danger confondre les deux espèces et leur accorder une égale influence sur la promulgation de la présente Déclaration. Nous relevons en outre, à dessein, le nom de l'auteur de ce monument législatif, Bignon, à qui sa fonction d'Avocat Général donna maintes fois l'occasion de montrer, dans la pratique, le sens qu'il avait attaché et qu'il fallait attacher à un texte dont il était évidemment l'interprète le plus autorisé. Enfin, sans y insister davantage, nous signalerons ces mots de l'arrêt cité par Le Merre : *avec défense de passer outre à la célébration du mariage.* Il était donc nécessaire que la défense de passer outre à la célébration d'un mariage auquel la famille n'aurait pas consenti fût faite au prêtre, au nom d'une autre autorité que celle de la loi religieuse. Et puis, que serait-il arrivé si le prêtre, contrevenant à cette prohibition de la justice séculière, avait néanmoins reçu le mutuel consentement de de Cinq-Mars et de Marion de Lorme ? Le prêtre aurait-il été poursuivi comme fauteur du crime de rapt, et partant exposé à la peine de mort ? Peut-être, si nous prenons à la lettre les textes antérieurs. Le mariage aurait-il été radicalement nul, de telle sorte qu'aux yeux de l'État de Cinq-Mars eût pu légitimement contracter une nouvelle union ? Nous ne le croyons pas, et le doute, nous dirons plus, la certitude contraire nous vient de l'étude attentive du texte de la Déclaration que nous devons maintenant citer presque intégralement, pour en bien comprendre le sens et la portée.

Déclaration du Roi portant règlement etc., etc...

Du 16 novembre 1639.

« Louis, par la grâce de Dieu etc... Comme les mariages » sont le séminaire des États, la source et l'origine de la société

» civile, et le fondement des familles, qui composent les républiques, qui servent de principes à former leur police, et dans lesquelles la naturelle révérence des enfants envers leurs parents est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain ; aussi les rois nos prédécesseurs ont jugé digne de leur soin de faire des lois de leur ordre public, de leur décence extérieure, de leur honnêteté et de leur dignité. A ces effets, ils ont voulu que les mariages fussent publiquement célébrés en face d'Église, avec toutes les justes solennités, et les cérémonies qui ont été prescrites comme *essentielles par les Saints Conciles*, et par eux déclarées être non seulement de la nécessité du précepte, mais encore de la *nécessité du sacrement*. Mais, outre les peines édictées par les Conciles, aucuns de nos dits prédécesseurs ont permis aux pères et aux mères *d'exhéréder leurs enfants* qui contracteront des mariages clandestins sans leur consentement, et de révoquer toutes et chacune des donations qu'ils leur avaient faites. Mais quoique cette Ordonnance fût fondée sur le premier commandement de la seconde table, contenant l'honneur et la révérence qui est due aux parents, elle n'a pas été assez forte pour arrêter le cours du mal et du désordre qui a troublé le repos de tant de familles, et flétri leur honneur par des alliances inégales, et souvent honteuses et infâmes. Ce qui depuis a donné sujet à d'autres ordonnances qui désirent la proclamation de bans, la présence du propre curé, et des témoins assistant à la bénédiction nuptiale, avec des peines contre les curés, vicaires et autres, qui passeraient outre à la célébration des mariages des enfants de famille, s'il ne leur apparaissait des consentements des pères et mères, tuteurs et curateurs, sous peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt, comme les auteurs et les complices de tels illégitimes mariages. Toutefois, quelque ordre qu'on ait pu apporter jusqu'à maintenant, pour rétablir l'honnêteté publique en des actes si importants, la licence du

» siècle, la dépravation des mœurs ont toujours prévalu sur
» nos ordonnances si saintes et si salutaires, dont même la vi-
» gueur et l'observation a été souvent relâchée, par la considé-
» ration des pères et mères qui remettent leur offense particu-
» lière bien qu'ils ne puissent remettre celle qui est faite aux
» lois publiques. C'est pourquoi ne pouvant plus souffrir que
» nos ordonnances soient ainsi violées, ni que la sainteté d'un
» si grand sacrement, qui est le signe mystique de la conjonc-
» tion de Jésus-Christ avec son Église, soit indignement profa-
» née ; et voyant d'autre part, à notre grand regret, et au pré-
» judice de notre État, que la plupart des honnestes familles
» de notre royaume, demeurent en trouble par la subornation
» et enlèvement de leurs enfants, qui trouvent eux-mêmes la
» ruine de leur fortune dans ces illégitimes conjonctions, Nous
» avons résolu d'opposer à la fréquence de ces maux la sévé-
» rité des lois, et de retenir par la terreur de nouvelles peines,
» ceux que la crainte ni la révérence des lois divines et humai-
» nes ne peuvent arrester ; n'ayant en cela autre dessein que
» de sanctifier le mariage, régler les mœurs de nos sujets, et
» empescher que les crimes de rapt ne servent plus à l'avenir
» de moyens et de degrés pour parvenir à des mariages avan-
» tageux.

» A ces causes, après avoir mis cette affaire en délibération
» en nostre conseil : De l'avis d'iceluy, et de nostre certaine
» science, pleine puissance et autorité royale, Nous avons sta-
» tué et ordonné, statuons et ordonnons ce qui en suit... :

Bien que ce long préambule, qui forme comme les considérants de la Déclaration, ne renferme aucune disposition impérative ni aucune formule législative, nous avons tenu cependant à le donner tout entier. Il montre en effet le véritable état d'esprit du législateur et les idées auxquelles il obéissait en promulguant sa Déclaration. On remarquera le soin avec lequel il est fait appel aux considérations de l'ordre religieux et à l'autorité des Conciles. Il serait donc bien étrange que le législateur

se fût mis ouvertement en opposition avec les décisions d'une loi religieuse sur laquelle il s'appuie. Cette sorte de conclusion anticipée, mais non téméraire, va devenir de plus en plus évidente par l'étude des textes.

« Article I : Nous voulons que l'article XL de l'Ordonnance
» de Blois, touchant les mariages clandestins, soit exactement
» gardé. Et interprétant iceluy : ordonnons que la proclamation
» des bans sera faite par le curé de chacune des parties con-
» tractantes, avec le consentement des pères, mères, tuteurs ou
» curateurs, s'ils sont enfants de famille, ou en la puissance
» d'autrui. Et qu'à la célébration du mariage assisteront quatre
» témoins dignes de foy, outre le curé qui recevra le consente-
» ment des parties, et les conjoindra en mariage suivant la
» forme pratiquée en l'Église. Faisons très expresses défenses
» à tous prestres, tant séculiers que réguliers, de célébrer aucun
» mariage, qu'entre leurs vrais et ordinaires paroissiens, sans
» la permission par écrit des curés des parties, ou de l'évesque
» diocésain, nonobstant les coutumes immémoriales et privi-
» lèges que l'on pourrait alléguer au contraire. Et ordonnons
» qu'il sera fait un bon et fidèle registre, tant des mariages que
» de la publication des bans ou des dispenses et des permis-
» sions qui auront esté accordées ».

Si cet article Ier de la Déclaration de 1639 n'est pas autre chose que l'interprétation authentique de l'article XL de l'Ordonnance de Blois, nous ne devons y trouver que ce que contient en substance l'acte législatif de Henri III. Or, du commentaire précédemment fait de cette disposition, il résulte que l'article XL s'est borné, en somme, à faire une loi française de la loi universelle promulguée par le Concile de Trente sur les mariages strictement clandestins, c'est-à-dire sur les mariages contractés sans aucune espèce de publicité. Une nouvelle lecture du texte auquel nous renvoyons fera bien voir que les mots *non valablement contractés* ne s'appliquent qu'à l'hypothèse de la clandestinité *stricto sensu*, et dans la limite des *peines*

édictées par les Conciles. Il y a bien, à la fin de l'article XL, une injonction faite aux *curés, vicaires et autres,* de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui voudront se marier, et une défense, s'ils sont enfants de famille, de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des pères, mères, etc. sous peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt. Mais ces dernières prescriptions ne sont pas, comme la première, sanctionnées par la peine de nullité desdits mariages. Cette omission n'est pas fortuite, elle est certainement réfléchie, voulue par le législateur, qui ne pouvait pas se contredire lui-même, en édictant une nullité non contenue parmi les peines décrétées par les Conciles dont il reconnaît la suprême autorité en matière de mariage. L'article I[er] de la Déclaration de 1639 dit-il quelque chose de plus ? Nous ne le croyons pas : d'abord parce que nous n'y voyons pas la formule quelquefois usitée, *et y ajoutant* (1), mais seulement, *interprêtant iceluy* ; ensuite, parce que, en réalité, tous les détails qu'il contient ne paraissent viser que le cas de clandestinité proprement dite. On nous opposera qu'il y est dit que *la proclamation des bans sera faite par le curé de chacune des parties contractantes, avec le consentement des pères, mères etc.* Nous pourrions répondre que la proclamation des bans ne constitue pas à elle seule, pas plus autrefois que maintenant d'ailleurs — nous nous plaçons plus spécialement dans l'hypothèse de la loi canonique — l'unique élément de publicité requise pour la validité du mariage. La *publication* n'est pas *toute la publicité* du mariage. Il peut donc se faire qu'un mariage, qui n'a pas été précédé de publication de bans, soit néanmoins inattaquable, si la présence des témoins sacramentels et du propre curé assure une *publicité* suffisante. Nous aurions alors, à prendre le texte à la lettre, un mariage valide sans le consentement de la famille, à moins que, par un *a fortiori* que la pré-

(1) Voir l'article XXXIX de l'Ordonnace de 1629.

cision et la clarté nécessaires dans un texte législatif admettent difficilement, on ne soutienne que le consentement de la famille, exigé pour la simple proclamation des bans, sera à plus forte raison nécessaire pour la célébration du mariage lui-même. S'il en était ainsi — ce que nous admettons pour simplifier la discussion — nous aurions encore à remarquer que, à la différence de l'article XL de l'Ordonnance de Blois qui prononçait la nullité dans le cas de mariage strictement clandestin, l'article Ier de la Déclaration de 1639 est muet sur ce résultat de la violation de la loi qu'elle édicte. Les termes *non valablement contractés* que nous avons relatés dans l'article XXXIX de l'Ordonnance de 1629 ne se retrouvent plus dans l'article Ier de la Déclaration de 1639. Est-il téméraire de voir, dans cette suppression, un effet des observations présentées au roi Louis XIII par le clergé qui s'était justement ému de constater que la puissance séculière, contrairement à la croyance et à la pratique traditionnelle, semblait fulminer une nullité que n'aurait pas préalablement prononcée la loi canonique ? Nous le pensons d'autant moins, que la lecture attentive des articles suivants de la Déclaration ne renferme rien d'où l'on puisse tirer la nullité du mariage contracté par le mineur sans le consentement de sa famille.

« Article II : Le contenu en l'Édit de l'an 1556 (1) et aux arti-
» cles XLI, XLII, XLIII et XLIV de l'Ordonnance de Blois, sera
» observé ; *et y ajoutant* : Nous ordonnons que la peine du rapt
» demeure encourue, nonobstant les consentements qui pour-
» raient intervenir par après de la part des pères, mères, tu-
» teurs et curateurs, dérogeant expressément aux coutumes
» qui permettent aux enfants de se marier après l'âge de 20 ans,
» sans le consentement des pères. Et avons déclaré et déclarons
» les *veuves*, fils et filles, moindres de 25 ans, qui auront contracté
» mariage contre la teneur desdites ordonnances, privés et dé-

(1) Ce rappel de l'Édit de 1556 nous paraît singulièrement favorable à notre thèse.

» chus *par leur seul fait*, ensemble les enfants qui en naîtront
» et leurs hoirs, indignes et incapables à jamais des successions
» de leurs pères, mères et aïeuls, et de toutes autres directes
» et collatérales ; comme aussi des droits et avantages qui pour-
» raient leur être acquis par contrats de mariage et testaments
» ou par les coutumes ou Lois de notre royaume, *même du droit*
» *de légitime* ; et les dispositions qui seront faites au préjudice
» de cette autre ordonnance, soit en faveur des personnes ma-
» riées, ou par elles au profit des enfants nés de ces mariages,
» *nulles et de nul effet et valeur*. Voulons que les choses ainsi
» données, léguées ou transportées, sous quelque prétexte que
» ce soit, demeurent en ce cas acquises irrévocablement à notre
» fisque, sans que nous ne puissions disposer qu'en faveur des
» hôpitaux ou autres œuvres pies. Enjoignons aux fils qui excè-
» dent l'âge de 30 ans, et aux filles qui excèdent celui de 25, de
» requérir par écrit l'avis et conseil de leurs pères et mères
» pour se marier, sous peine d'être exhérédés par eux, suivant
» l'Édit de 1556 ».

Il est important de remarquer tout d'abord la différence de rédaction entre les articles I et II de la Déclaration de 1639. L'article I *interprétait la loi*, l'article II *ajoute à la loi* : mais ce qui est ajouté n'est pas une nullité. Voici en effet les additions faites aux Édits précédents. Les veuves ne se trouvaient pas désignées jusqu'alors ; elles seront désormais atteintes par les déchéances et les pénalités des ordonnances antérieures. Auparavant, il fallait une sentence du juge, une demande expresse des parents, maintenant les peines seront encourues *ipso facto*, *par leur seul fait*. Les Édits précédents avaient respecté la légitime ; dorénavant *même le droit de légitime sera perdu*. Cette dernière aggravation nous fournit un argument irrésistible, il nous semble, en faveur de la validité du mariage contracté par le mineur sans le consentement de sa famille. En effet, si la désobéissance du mineur équivalait toujours, comme le prétendent les civilistes, au rapt de séduction, il y aurait nullité du

mariage, et pas ne serait besoin de priver de leur *légitime* des enfants qui seraient *illégitimes*. Bien plus, si nous prenions à la lettre l'article II, ce ne serait pas seulement le mariage contracté par le mineur contre le gré de ses parents qui échapperait à la nullité, ce qui ne fait pas le moindre doute pour nous ; mais, et le rapt de séduction, et même le rapt de violence n'entraîneraient pas nécessairement la nullité du mariage qui en serait entaché, puisque les pénalités énumérées, entre autres la privation de *légitime* qui nous paraît contenir un aveu de *légitimité*, visent des articles qui traitent de ces deux sortes de rapt. Nous n'allons pas jusque-là, et nous reconnaissons que la violence et la séduction constituent des empêchements dirimants au mariage. Mais, comme l'article II laisse intacte la validité du mariage contracté en opposition aux règles qu'il contient, la logique nous oblige à conclure que l'hypothèse d'un véritable rapt lui est étrangère, et que ce n'est que par un abus de langage que le mot rapt y est employé pour désigner un acte blâmable sans doute, mais d'une tout autre nature.

Ce qui prouve encore que Louis XIII dans cette Ordonnance de 1639 ne veut point toucher à la validité des mariages des mineurs, à cause du seul défaut de consentement des parents, c'est qu'il n'ajoute nulle part les termes de *non valablement contractés*, quand il ne manque au mariage des mineurs que ce consentement. Il parle tout différemment au sujet du rapt des mineurs, dans l'article III :

« Article III : Déclarons *conformément aux Saints Décrets et* » *Constitutions canoniques*, les mariages faits avec ceux qui » ont ravi et enlevé des veuves, fils et filles *de quelque âge* (1) » et condition qu'ils soient, *non valablement contractés*, sans » que par le temps, ni par le consentement des personnes ra- » vies, et de leurs pères, mères, tuteurs et curateurs, ils puis-

(1) Il ne peut donc s'agir ici que du rapt de violence, puisque la séduction, d'après une doctrine qui ne nous paraît pas du reste complétement exacte, ne saurait exister qu'en minorité.

» sent être confirmés, tandis que la personne ravie est en la » possession du ravisseur.... ».

Nous avons enfin et pour la première fois peut-être, dans ce texte, une traduction exacte de la loi religieuse. Nous avons remarqué en effet que l'Ordonnance de Blois, promulguant dans son article XL le décret du Concile de Trente sur la clandestinité, exige quatre témoins, c'est-à-dire un ou même deux témoins de plus que n'en demande le Concile. Ici, au contraire, c'est la pure doctrine de l'Église que nous rencontrons. La conformité aux *Saints Décrets et Constitutions canoniques* est complète à ce point que le législateur corrige, dans le présent article, les dispositions de l'article XLII de l'Ordonnance de Blois et de l'article CLXIX de l'Ordonnance de 1629 qui semblaient faire du rapt un empêchement *perpétuel* au mariage légitime entre le ravisseur et la personne ravie, alors que cependant, aux termes du Concile de Trente dont s'inspire l'article III, l'empêchement dirimant ne subsiste qu'autant *que la personne ravie est en la possession du ravisseur.*

La preuve que le mariage est possible quand la violence a disparu se trouve dans la suite du texte, qui distingue très nettement la question de *validité* de la question de *pénalité :* « Et néanmoins en cas que sous prétexte de majorité, elle donne » son consentement après être mise en liberté, pour se marier » avec le ravisseur, nous la déclarons, ensemble les enfants » qui naîtront d'un tel mariage, indignes et incapables de légitime, et de toutes successions directes et collatérales qui » leur pourront échoir, sous quelque titre que ce soit, conformément à ce que nous ordonnons contre les personnes ravies » par subornation ; et les parents qui auront assisté, donné » conseil, et favorisé les dits mariages, et leurs hoirs, incapables de succéder directement ou indirectement aux dites » veuves, fils et filles. Enjoignons très expressément à nos procureurs généraux et à leurs substituts de faire toutes les poursuites nécessaires contre les ravisseurs et leurs complices,

» nonobstant qu'il n'y eut plainte de partie civile, et à nos
» juges de punir les coupables de peine de mort, et confisca-
» tion de biens, sur iceux préalablement prises les réforma-
» tions qui seront ordonnées, sans que cette peine puisse être
» modérée : faisant défenses à tous nos sujets, de quelque qua-
» lité et de quelque condition qu'ils soient, de donner faveur
» ni retraite aux coupables, ni de retenir les personnes en-
» levées, à peine d'être punis comme complices et de répondre
» solidairement et leurs héritiers des réparations adjugées, et
» d'être privés de leurs offices et gouvernements, s'ils en ont,
» dont ils encourrent la privation par le seul acte de la con-
» travention à cette défense ».

Si ce texte nous satisfait par la clarté avec laquelle il expose la vraie discipline de l'Église sur le rapt, il n'en mérite pas moins d'être blâmé sévèrement, au point de vue législatif, pour sa cruauté ; surtout dans l'hypothèse soutenue par nos adversaires, où cette pénalité excessive s'étendrait au rapt de séduction, et même, par une extension que nous combattons énergiquement, au cas d'un mariage contracté en minorité sans le consentement des parents.

Les articles suivants IV, V et VI, ne font qu'accentuer ce que nous pourrions appeler la haine du législateur pour le rapt, et pour tout ce qui tend à diminuer la publicité des mariages.

Et l'article VII, dernière disposition de la Déclaration de 1639, complète très sagement le système de publicité organisé par le Concile de Trente et les Ordonnances royales qui le suivirent.

Quelle conclusion tirerons-nous de tous ces textes ? Celle-ci, qu'il est très probable, sinon absolument certain, que le législateur n'a pas prononcé, d'une façon à enlever tous les doutes, la nullité du mariage contracté en minorité, par cette seule raison que les parents du mineur n'auraient pas donné leur consentement. Or, on nous accordera bien que, lorsqu'il s'agit d'un acte aussi important, aussi fécond en graves résultats que

le mariage, on ne saurait se contenter pour l'annuler d'un texte douteux et d'une sanction problématique. Ce caractère d'incertitude n'est pas nié par nos adversaires, pas même par Pothier qui, après avoir énuméré les textes par nous parcourus, ne peut exciper d'une nullité qu'en vertu d'une induction toute subtile, nullité que ne prononce pas, il l'avoue, une déclaration formelle et précise.

En résumé, l'unique manière de se conduire dans ce dédale d'inextricables difficultés et de multiples distinctions est d'arriver à cette alternative : appliquer servilement et rigoureusement certains textes, sans tenir compte de la contradiction que font naître d'autres dispositions ni des conséquences odieuses et cruelles qu'entraîne cette logique excessive ; ou bien, s'efforcer de concilier les diverses solutions de la loi, sans se laisser abuser par le mot *rapt*, dont le sens équivoque, en donnant naissance à une prétendue présomption qui n'est écrite nulle part, cause toute la confusion du présent sujet.

Pothier et les civilistes acceptent pleinement la première solution de l'alternative. Esclaves de la lettre, ils résument tout leur système dans cette proposition : La loi punit comme fauteurs du crime de rapt ceux qui favorisent le mariage d'un mineur en dehors du consentement de ses parents. Donc le fait de se marier en minorité, sans l'agrément de la famille, constitue toujours un rapt. Ce raisonnement serait irréfutable s'il n'existait pas des textes qui supposent, par voie de conséquence, la validité de ce même mariage contracté en minorité sans le consentement paternel ; et si cette assimilation absolue du rapt de séduction n'avait pour résultat de faire prononcer des peines dont Pothier lui-même semble repousser l'application, par respect pour le législateur, mais au mépris de la logique.

Pour nous, il nous paraît préférable de nous ranger à la deuxième solution de l'alternative, c'est-à-dire de rejeter la présomption juridique du premier système; parce que cette

deuxième solution, plus conforme à l'ensemble des textes, nous semble répondre mieux à la pensée intime du législateur.

Nous avions en vue cette observation lorsque nous insistions précédemment sur le caractère et l'esprit du rédacteur de l'Ordonnance de 1639. Ce n'est manquer de respect ni à la gloire ni à la science de l'illustre Pothier et de tant d'autres éminents jurisconsultes que nous combattons, que de préférer à leur exégèse juridique, à leur commentaire des textes de l'ancien Droit, l'explication et l'application donnée et faite de ces mêmes textes par celui qui avait reçu du législateur le mandat de les rédiger. Or Jérôme Bignon que l'on peut regarder comme un des plus fidèles interprètes des Ordonnances de nos Rois (1), exprime un sentiment correspondant au nôtre. Nous pouvons trouver également des idées communes chez Théveneau commentant l'Ordonnance de Blois. Faut-il citer encore Brodeau (2), Servien (3), Le Maître ?

Quelques arrêts décisifs vont maintenant retenir notre attention.

(1) C'est lui qui, par ordre de Louis XIII, a composé l'Ordonnance de 1639.

(2) Sur Louet, à la matière du mariage.

(3) Plaidoyer du 22 juillet 1606.

CHAPITRE III.

ÉTUDE SUR LA JURISPRUDENCE DES ARRÊTS

Sommaire. — Opinion de Lamoignon. — Opinions de Bignon de Blanzy, fils de Jérôme Bignon ; de Talon. — Trois propositions peuvent résumer la jurisprudence des arrêts : 1° A la minorité et à l'absence de consentement des parents s'ajoute la clandestinité proprement dite ; 2° à la minorité et à l'absence des parents s'ajoute le rapt de séduction ; 3° le mariage contracté en minorité et sans le consentement des parents est frappé de déchéances civiles. — La jurisprudence et la doctrine représentées par Daguesseau et Pothier.

Lamoignon, un des Avocats Généraux les plus célèbres du XVII[e] siècle, dans le plaidoyer qu'il fit pour la cause du mariage de Gentil Barbier et de Marie Deschamps (1), énonce les principes suivants :

1° Il n'y a rien, dans les Ordonnances de nos rois, qui déclare des mariages non valablement contractés, pour n'avoir pas eu le consentement des pères et mères.

2° Il est vrai que ces ordonnances établissent des peines contre ceux qui contractent de pareils mariages, mais elles n'ordonnent point la nullité pour peine contre les contractants.

3° La jurisprudence établie dans les Parlements du royaume est de déclarer non valablement contractés les mariages où les mineurs, enfants de famille, se sont engagés sans le consentement de leurs pères et mères, *lorsqu'il y a rapt de séduction*, lequel ne regarde que les mineurs. Cette jurisprudence, en supposant que l'Église ait admis purement et simplement la théorie

(1) *Journal des Audiences*, IV, liv. 7, chapitre 11.

du rapt de séduction, n'est point opposée au Concile de Trente, car il ne parle point du mariage des enfants de famille mineurs, où il se rencontre rapt de séduction.

Il est donc constant que ce n'est pas le défaut de consentement des pères et mères qui donne lieu aux Parlements de déclarer non valablement contractés les mariages des enfants mineurs, mais la séduction qui *peut* s'y trouver. Dès lors le rapt de séduction est *le seul*, ou du moins le plus fort moyen par lequel on déclare non valablement contractés les mariages des mineurs, faits sans le consentement de leurs pères et mères, comme, lui-même, Lamoignon le déclare expressément dans le plaidoyer qu'il fit pour la cause de Perneau, jugée par arrêt du 15 mars 1687 (1).

Le petit-fils du rédacteur de la Déclaration de 1639, Bignon de Blanzy, faisant fonction de substitut du Procureur Général à la chambre souveraine de la réformation de la justice séante à Poitiers défend les mêmes principes. Pour lui, le rapt de violence étant un empêchement dirimant, les cours des Parlements ont cru que le rapt de séduction en était pareillement un, sur ce fondement qu'il ne peut y avoir de véritable et libre consentement là où il y a rapt de séduction. Ainsi la nécessité du consentement des parents au mariage d'un mineur n'est pas, à ses yeux, une condition distincte de celle du libre consentement des époux. La circonstance de la minorité des parties peut faire présumer que leur volonté n'a pas été suffisamment éclairée dans cette grave affaire de leur mariage ; mais cette présomption de consentement imparfait, déterminé par une subornation qui peut être réciproque, n'a pas le caractère d'une présomption *juris et de jure* à laquelle on ne saurait échapper. La minorité ne suffit pas, il faut de plus qu'il y ait eu rapt de séduction ; et ces deux éléments sont non seulement distincts mais encore différents, à ce point que la minorité peut

(1) *Journal des Audiences*, Tome V, liv. 3, chap. 3.

exister sans séduction et la séduction sans minorité. C'est sur le rapt de séduction compris de cette manière que s'appuyait Bignon de Blanzy, pour faire annuler le mariage de Joseph Pichon et de Jeanne Polard, mineurs qui s'étaient mariés sans le consentement de leurs pères et mères (1).

Talon fit voir, dans une cause jugée le 9 mars 1680, que la jurisprudence du royaume qui déclare non valablement contractés les mariages des mineurs faits sans le consentement des pères et mères, et défend aux parties de se fréquenter, de prendre la qualité de mari et femme etc., quand il y a rapt de séduction, n'a rien d'opposé au Concile de Trente, en ce qu'il ne veut pas que la validité des mariages des enfants de famille dépende du consentement des parents. La raison en est que les Parlements ne s'arrêtent pas au défaut du consentement des parents, mais au rapt de séduction, comme étant le moyen qui doit faire la décision des causes. On peut en rapporter pour preuve deux arrêts du Parlement de Paris : l'un du 13 juillet 1664 (2), l'autre du 31 mars 1703 (3), par lesquels la Cour a déclaré n'y avoir abus en deux mariages de mineurs, quoique célébrés sans le consentement des pères et mères, *parce qu'il n'y avait point de preuves de séduction.* Soefve (4) rapporte un autre arrêt du 26 mars 1664 qui a jugé valide, pour la même raison, le mariage d'un soldat mineur qui s'était marié sans le consentement de sa mère.

Nous pourrions facilement, à l'aide des volumineuses collections d'arrêts de l'ancien Droit, multiplier ces citations. Mais, outre que cette accumulation d'espèces particulières allongerait inutilement la discussion, il est aisé de les résumer à peu près toutes, quant aux principes de doctrine et quant à la base de la jurisprudence, en ces trois propositions :

(1) Arrêt du 10 janvier 1689.
(2) *Journal des Audiences,* T. II, liv. VI, chap. 40.
(3) *Mémoires du clergé,* T. V, page 1087 de l'édition de 1616.
(4) T. I, cent. 4, chap. 61.

1° Le plus souvent, quand on examine de près l'espèce proposée, on se convainc que la minorité des parties n'est pas le seul motif sur lequel le Parlement s'est appuyé pour prononcer la nullité du mariage. A cette clandestinité improprement dite, qui résulte du non consentement de la famille, se joint presque toujours la clandestinité réelle naissant de l'absence du propre curé, et qui suffirait à elle seule pour faire annuler canoniquement le mariage. Rien de plus naturel d'ailleurs que la présence simultanée de ces deux clandestinités, puisque, suivant la teneur des ordonnances, le curé qui marie des mineurs doit s'enquérir du consentement des parents ; et que les mineurs qui n'ont pas cette autorisation s'adressent plus volontiers au prêtre qui n'a pas juridiction sur eux, qui ne les connaît pas ou qui les connaît moins, et qu'ils espèrent en conséquence tromper plus facilement sur leur âge. Dans cette première hypothèse, le mariage est entièrement nul, pour l'État aussi bien que pour l'Église, au point de vue du sacrement comme au point de vue des effets civils, non pas à cause du non consentement de la famille, mais à cause de la présence d'un empêchement dirimant, dont l'existence et l'efficacité quant à la nullité du mariage ne sauraient faire aucun doute. Ce mélange, ou mieux cette confusion calculée des deux clandestinités que nous nous efforçons toujours de distinguer paraît d'autant plus naturelle qu'elles sont toutes deux prévues et réglées par l'article XL de l'Ordonnance de Blois, avec cette différence importante toutefois et déjà signalée, que la première clandestinité, la véritable, est défendue sous peine de nullité par le législateur, *sur les peines indictes par les Conciles*, c'est-à-dire en conformité avec la loi canonique ; tandis que la seconde clandestinité, improprement ainsi dénommée, n'est pas frappée par l'ordonnance de cette même peine de nullité du mariage qui en serait affecté.

Voici, pris au hasard et entre beaucoup d'autres du même genre, quelques arrêts qui rentrent dans cette première catégorie.

Arrêt du 15 mars 1664, sur l'appel de la mère, déclare le mariage du fils de 26 ans, sans son consentement, non valablement contracté. Il y avait inégalité de condition et *défaut de présence du propre curé.* Nous avons déjà remarqué que Bignon dit que le fils qui a son père ou sa mère est réputé mineur pour le mariage jusqu'à 30 ans, *suivant l'Ordonnance*

Arrêt du 18 décembre 1666, sur l'appel du père, déclare le mariage du fils de 29 ans et demi, avec une servante, sans son consentement *et hors la présence du propre curé*, non valablement contracté, fait défense de se hanter ni fréquenter.

Arrêt du 17 décembre 1674, sur l'appel du père, déclare le mariage d'un mineur nul. Il y avait inégalité de condition et *défaut de présence du propre curé* ; il fut accordé une somme à l'enfant né du mariage ; le père mineur était mort.

Nous citons cet arrêt, bien qu'il paraisse n'avoir aucun rapport avec notre thèse, le père et la mère étant morts, parce qu'il en ressort que la minorité toute seule n'est pas un empêchement dirimant au mariage ; et comme l'inégalité des conditions ne saurait être un motif à invoquer sérieusement pour annuler un mariage, il ne reste plus que la raison canonique du défaut de présence du propre curé, c'est-à-dire de la clandestinité proprement dite.

Arrêt du 15 mars 1687, sur l'appel du tuteur investi d'une certaine manière de la puissance paternelle, dit qu'il y a abus, défend de se hanter ni fréquenter. Il y avait *défaut de présence du propre curé* et de quatre témoins.

Arrêt du 15 juillet 1689, sur l'appel du père, déclare le mariage non valablement contracté. Le fils était mineur de 25 ans et il y avait *défaut de présence du propre curé.*

Citons enfin, en opposition avec les arrêts précédents qui annulent, l'arrêt suivant qui équivaut à une validation du mariage contracté en minorité sans le consentement de la famille : arrêt du 28 novembre 1690 qui met hors de Cour, sur l'appel de la mère veuve, comme d'abus des sentences de l'Official, per-

met au fils de plus de 25 ans et au-dessous de 30 de passer outre en gardant les formes canoniques. Cet arrêt confirme l'opinion que nous défendons, suivant laquelle le véritable motif de la déclaration de nullité du mariage contracté en minorité, en dehors du consentement de la famille, n'est pas la minorité des parties, mais ou bien la clandestinité au sens propre du mot, ou bien le rapt de séduction qui *peut* se rencontrer dans ces sortes d'unions. Comment, en effet, aurait-on mis hors de Cour, c'est-à-dire débouté de son instance la mère veuve qui faisait appel de la sentence de l'Official — lequel évidemment permettait à ce fils, mineur quant au mariage, de se marier validement malgré l'opposition de sa mère — si le Tribunal séculier n'avait pas reconnu qu'un mineur peut se marier légitimement, encore bien que la famille lui refuse son consentement, pourvu que ce mineur observe les formes canoniques, c'est-à-dire les conditions de bans, de présence des témoins et d'assistance du propre curé ? L'argument tiré de cette espèce nous paraît décisif pour notre thèse (1).

2° Si nous supposons qu'il n'y a pas de clandestinité proprement dite, c'est-à-dire que les mineurs ont observé toutes les conditions de publicité requise par les Conciles et par les ordonnances, il peut arriver néanmoins que la Cour prononce la nullité d'un mariage contracté en minorité, mais en vertu d'un autre principe. C'est ici que reparaît la théorie du *rapt de séduction*. C'était le moyen le plus fréquemment employé par les avocats des parties et par le Parlement, pour arriver à faire annuler le mariage dans lequel s'engageaient des mineurs sans le consentement de la famille. Ce pouvait être là l'unique motif de demander la nullité, il suffisait pleinement pour les deux juridictions, puisque le rapt de séduction avait été assimilé au rapt de violence, qui constituait un empêchement di-

(1) Mentionnons à part, à cause de la sanction impitoyable qu'il renferme, l'arrêt du 18 février 1664. Sur l'appel du père, le mariage du fils de 29 ans sans son consentement et hors la présence du propre curé est déclaré non valablement contracté, *avec défense de se hanter à peine de la vie*

rimant au mariage. La controverse roule seulement sur la question de savoir s'il faut, avec Pothier et les civilistes, voir *toujours* un rapt de séduction dans le fait de la minorité des parties, ou si l'on doit, en doctrine et en jurisprudence, distinguer ces deux éléments, admettre même que l'un peut exister indépendamment de l'autre, et que par conséquent le mineur ne doit pas être fatalement présumé avoir été ravi, suborné dans le fait de son mariage. Nous croyons avoir démontré que le texte des ordonnances ne renferme rien qui oblige à cette assimilation rigoureuse, que la logique répugnerait d'ailleurs à cette présomption que la loi n'a pas formellement consacrée, qu'enfin il y a des arrêts qui établissent la validité des mariages contractés en minorité, ce qui serait impossible avec la théorie de la présomption *juris et de jure* d'un rapt de séduction intimement lié à la minorité.

Nous aurions à citer, en preuve de nos affirmations, une double série d'arrêts. D'abord, tous ceux qui invoquent la séduction pour déclarer *nul*, *abusivement contracté*, etc., le mariage des mineurs ; arrêts innombrables, qu'un examen superficiel nous opposerait, mais que nous pouvons, sans violenter ni leur esprit ni leur texte, tourner en notre faveur, s'il est vrai que la jurisprudence n'ait pas reconnu invariablement une connexité nécessaire entre la minorité et la séduction, malgré l'abus réel qu'on fit, dans notre ancien Droit, de cetté théorie élastique de la subornation des mineurs. En second lieu, nous aurions à transcrire les arrêts où se trouvent validés les mariages contractés par des mineurs, purement et simplement, c'est-à-dire non seulement quant au sacrement mais encore quant aux effets civils. Nous avons fourni plus haut des exemples caractéristiques de cette jurisprudence ; ajoutons en ce moment cette espèce qui nous paraît un préjugé sérieux pour l'exactitude de notre thèse.

Arrêt du 6 mars 1636. Le mariage d'un fils de famille *mineur* de 25 ans lors de la célébration, sans le consentement de ses

père et mère, est confirmé par sa déclaration qu'il y persévère (1). La Cour aurait-elle pu rendre un pareil jugement, si la séduction s'était *toujours* attachée comme une présomption inévitable au fait du mariage contracté en minorité ? La jurisprudence n'avait donc pas cette fixité, cette rigueur d'application qui aurait dû exister dans le système de la présomption *juris et de jure*. La preuve que les Parlements s'attribuaient une latitude étonnante d'appréciation, pour ces sortes de causes, est manifeste dans l'espèce suivante :

Arrêt du 20 mai 1667, sur l'appel du père, du mariage de son fils de 18 ans en Amérique, sans son consentement, met hors de Cour, c'est-à-dire déboute l'appelant sur ce motif : qu'il faut peupler les colonies et qu'il y avait plusieurs autres mariages de la sorte. Ainsi, un jeune homme — nous pourrions dire un enfant de 18 ans — qui a emporté avec lui, en quelque sorte, son statut personnel relativement au mariage et qui n'a pas eu la précaution de solliciter le consentement de sa famille, voit néanmoins son mariage validé (l'arrêt ne fait aucune distinction entre le sacrement et les effets civils) pour cette raison quelque peu vague qu'*il faut peupler les colonies*. Si la séduction pouvait et devait même être présumée, c'est bien, il semble, dans cette hypothèse ; cependant le mariage est déclaré valide. Qu'on n'invoque donc plus contre nous une jurisprudence qui présente de pareilles variations.

3° Enfin, il peut arriver que le mariage ne soit attaquable ni pour clandestinité proprement dite, ni pour rapt de séduction, ni pour aucun autre empêchement dirimant. Les parties se sont contentées de contrevenir aux ordonnances qui défendent de se marier en minorité sans le consentement de la famille. Cette troisième hypothèse, évidemment inadmissible dans le système de Pothier puisqu'elle équivaut à la négation de la présomption juridique qui lui sert de base, ne se réalisera

(1) Bardet, T. I, liv. V, chap. 11.

que si nous pouvons citer des arrêts ayant tout à la fois consacré la validité du lien matrimonial, et appliqué, à titre de peine, des sanctions contre les mineurs rebelles qui ont vu leurs mariages privés de l'avantage des effets civils.

Donnons d'abord le principe doctrinal dont s'inspire toute cette jurisprudence. Nous le trouvons formulé par l'avocat-général Talon, dans ses conclusions préparatoires à l'arrêt du 1er février 1669 : « La justice peut déclarer un mariage nul » quant aux effets civils, étant fait au préjudice d'un arrêt de » défense. »

Sous une autre forme, l'avocat Lapeyrère dit de même : « Lors- » que le mariage clandestinement fait contre les ordonnances a » été néanmoins célébré en face de l'Église, les enfants provenant » d'icelui seront réputés légitimes ; mais les effets et avantages » civils, ordonnés par la coutume entre mari et femme, n'au- » ront point lieu en tel mariage (1). »

Coquille, après avoir traité doctement la même question, conclut ainsi : « ... Le mariage est bon *jure poli*, c'est-à-dire » que les enfants sont légitimes, mais parce qu'on a violé les » ordonnances, il n'y a point de communauté ni de douaire (2). »

Bourjon, que nous serions tenté d'opposer à Pothier sur ce point, ne s'exprime pas autrement : « Dans la solennité du ma- » riage concourent la dignité d'un sacrement et l'authenticité » d'un contrat civil... Le mariage clandestin est nul quant aux » effets civils... *Tel est le mariage du fils de famille contracté à* » *l'insu des père et mère ; tel mariage est vraiment clandestin et* » *par conséquent nul, quant aux effets civils...* (3) »

La jurisprudence est conforme à ces principes ; nous nous contentons, pour en fournir la preuve, des espèces suivantes :

Arrêt du 26 mars 1655, déjà cité précédemment. Il s'agit du mariage contracté par un soldat mineur sans le consentement

(1) *Décisions sommaires du Palais*. Parlement de Bordeaux, page 230.
(2) Coquille, t. II, *quæstio* 101.
(3) Bourjon, *du Mariage*. Sect. VI, nos 57, 61, 62.

de sa mère. On le confirma, et la succession fut adjugée aux enfants nés de ce mariage. Dans cette affaire, Bignon, qui remplissait les fonctions d'avocat-général, ne tint pas un autre langage que Talon ; il déclara que le mariage pouvait être bon dans le for intérieur, mais qu'il n'avait pu produire des effets civils (1).

Arrêt du 16 juillet 1655 : un mariage contracté par un fils de famille mineur et soldat dans une garnison, sans la participation de ses père et mère, avec une fille de basse naissance, ne peut produire des effets civils (2). Cette décision est remarquable, en ce qu'elle énonce une circonstance qui aurait pu, il semble, faire conclure à la nullité pure et simple du mariage, sous prétexte de rapt de séduction. Nous pourrions apporter nombre d'arrêts où la séduction est présumée, lorsque le mariage a été conclu avec une personne que notre espèce désigne ainsi, personne, fille de *basse condition*. Il n'est donc pas exact de dire, comme le prétend Pothier, que la séduction était *toujours* présumée au cas de mariage conclu en minorité sans le consentement de la famille, puisque nous trouvons des exemples de mariages reconnus valides, alors même que des motifs sérieux de faire intervenir la séduction ne manquaient pas. Ces motifs étaient ici, outre la minorité, la basse condition de la personne épousée et l'entraînement irréfléchi de la vie militaire. Or ce mariage, bien que privé de ses effets civils à titre de peine pour infraction aux ordonnances, est cependant tenu pour valide quant au lien, de telle sorte que les époux ne sauraient conclure une nouvelle union valable même aux yeux de l'État qui les a frappés de déchéances civiles, à raison de l'incorrection relative de leur premier mariage.

Arrêt du 20 mai 1667. Un fils de famille avait contracté mariage dans l'île de la Martinique, sans le sceu de son père, mais de l'autorité et consentement du gouverneur, avec une fille qui

(1) Soefve, T. 1, cent. 4, chap. 61.
(2) Soefve, T. I, cent. 4, chap. 96.

était au service de la femme du gouverneur. Ce mariage fut déclaré bon et valable, contrairement aux conclusions de l'avocat-général Bignon, qui soutenait que l'autorité du gouverneur n'allait pas jusqu'à empêcher l'exécution des lois les plus importantes (1). La jurisprudence de cette espèce est à noter, parce qu'elle fut établie en opposition avec le sentiment d'un homme dont la parole faisait loi. Elle prouve une fois de plus l'existence de ce sage tempérament dont nous avons déjà constaté la présence dans notre ancien Droit, en vertu duquel la puissance publique, représentée dans la circonstance par le gouverneur, pouvait suppléer au défaut de consentement de la famille ; elle prouve de plus que l'exigence du consentement de la part de la famille n'était pas rigoureuse à ce point que la nullité du mariage dût résulter de son absence. Tout au plus, si la séduction était prouvée, les parties s'exposaient-elles à se voir privées de certains avantages civils ; parfois même, comme il est permis de le conjecturer par le fait qui nous occupe, la violation de l'ordonnance n'était accompagnée d'aucune sorte de sanction, le mariage sortant pleinement tous ses effets.

Citons enfin une espèce singulière qui montre la facilité avec laquelle la jurisprudence, si sévère dans certains cas pour appliquer les ordonnances dont elle nous paraît même avoir dépassé la portée, éludait cependant, sans aucune espèce de droit, les dispositions les plus catégoriques des textes législatifs. Un arrêt du 1er mars 1691 (2) met hors de Cour sur l'appel du père d'un mineur de 20 ans, marié sans son consentement, c'est-à-dire débouté de la plainte. Il n'y avait eu ni consentement de la famille, ni publications de bans, ni présence du propre curé. Il s'agissait d'un garçon barbier que ses parents avaient abandonné à lui-même depuis longtemps. Le père et la mère avaient laissé passer 12 ou 15 ans sans se pour-

(1) Soefve, T. II, cent. 3.chap. 96.
(2) *Journal des audiences*, T. V, liv. 7., chap. XI.

voir contre son mariage, et le seul mobile qui dirigeait leur action était le désir de s'assurer une grande fortune gagnée par ce fils, et qui leur serait revenue si le mariage avait été déclaré nul. Cette solution est absolument inexplicable pour nous. Nous admettons pleinement — puisque c'est l'idée que nous nous efforçons de faire prévaloir dans cette thèse — que ce mineur de 20 ans a pu se marier sans le consentement de ses parents d'une manière valide, c'est-à-dire inattaquable quant au lien, bien qu'il ait encouru des déchéances civiles. Mais ce que nous ne pouvons arriver à comprendre, c'est que l'arrêt maintienne cette validité, malgré l'absence de publications et surtout malgré le défaut de présence du propre curé. Qu'on relise toutes les ordonnances que nous avons transcrites et commentées, en particulier l'article XL de l'Ordonnance de Blois, qu'on étudie la doctrine de Pothier (1) et des civilistes, on y verra que la loi est formelle. La publication des bans, la présence des témoins, l'assistance du propre curé constituent une sorte d'ensemble juridique qui forme la *publicité du mariage*. Nous croyons pour notre part — cela n'est pas douteux pour la loi canonique — que tous les éléments de cette publicité ne sont pas également nécessaires ; que, par exemple, un mariage n'en est pas moins valide, quoiqu'il n'ait pas été précédé d'aucune publication, si d'ailleurs le consentement des époux a été échangé devant le propre curé et en présence de deux témoins, parce que la publicité requise est encore suffisante. Mais si le mariage a été conclu devant un prêtre qui n'était pas le propre curé, cela *seul* est assez pour faire annuler le mariage et par l'autorité religieuse et par l'autorité civile. En nous rangeant, pour un moment, à l'avis de Pothier dont le sentiment ne peut être suspect, il faudrait soutenir que le défaut de publications suffit *seul* pour entraîner la nullité absolue du mariage ; à combien

(1) « Il est donc évident que l'ordonnance de Blois, en prescrivant la formalité de la publication des bans, *à peine de nullité*... ». Pothier, Partie IV, chap. I, n° 326.

plus forte raison le mariage devrait-il être déclaré nul, si, outre ce défaut de publications, on constate l'absence du propre curé lequel n'était pas seulement, suivant l'opinion maintenant abandonnée, des gallicans et des civilistes, le principal témoin, le témoin sacramentel du mariage, mais le véritable ministre, au même titre que sous l'empire du Code, l'officier de l'état civil est véritablement le ministre du mariage civil qui n'existerait pas, s'il ne déclarait pas les époux unis au nom de la loi ? Qu'on ne nous objecte pas que cette sévérité est exagérée, et que l'arrêt du parlement a interprété bien plus raisonnablement et bien plus humainement les textes, en validant le mariage de ce mineur dont la situation était aussi intéressante que celle de ses parents, poussés par le lucre, l'était peu. Nous aurions à répondre que la loi est là, pour exiger à peine de nullité la présence du propre curé ; que cet élément de publicité a été demandé et imposé après des débats mémorables, sur les instances réitérées des princes chrétiens ; qu'on peut trouver la loi trop dure, mais qu'il faut la suivre tant qu'on n'en a obtenu ni le changement ni l'abrogation ; et qu'enfin et surtout, si, le consentement de la famille étant une condition indépendante de la volonté des époux, il est permis d'en appeler à une autre autorité pour suppléer à ce défaut de consentement, il n'en saurait être de même pour la présence du propre curé que les parties peuvent obtenir comme et quand elles le veulent. Si donc notre mineur est excusable pour s'être marié sans le consentement, de ses parents et peut voir son union déclarée valide, parce qu'il serait inhumain de ne pas lever un obstacle qu'il n'a pas posé lui-même, nous ne voyons pas bien pourquoi et comment, au mépris d'une loi formelle, on validerait une union que vicie radicalement la présence d'un empêchement dirimant qu'il lui était facile de faire disparaître lui-même.

Nous avons tenu à citer cette espèce qui, au premier abord, ne paraît avoir qu'un lien très éloigné avec notre sujet, parce

qu'elle fait ressortir la variété, nous allions dire la quasi-incohérence d'une jurisprudence qui va d'un extrême à l'autre, tantôt annule avec la dernière sévérité, tantôt valide malgré les défenses formelles de la loi. Ce manque de fixité ou tout au moins cette grande latitude laissée à l'exégèse juridique montre combien il serait téméraire, contraire aux faits, de vouloir imposer, dans un sens ou dans l'autre, une opinion systématique et inflexible. C'est à la faveur de ce doute que nous avons formulé nos réserves les plus expresses sur la prétendue opposition que des adversaires tenteraient d'établir entre les deux législations, celle de l'Église et celle de l'État, qui ont réglé au cours de notre ancien Droit la question du mariage. Nous n'avons jamais nié ce que nous avons appelé déjà les tendances envahissantes de notre ancienne jurisprudence ; mais nous croyons qne l'incertitude qu'elle présente dans ses réponses est un indice certain de l'embarras dans lequel elle se trouvait placée, tantôt gênée par des textes authentiques qui n'ont jamais prononcé nettement la nullité, tantôt sollicitée, par des influences que nous avons souvent qualifiées, de tourner la loi, de lui faire dire ce qu'elle ne contenait pas expressément, afin d'arriver indirectement à ce que le législateur n'aurait pas permis de faire directement, par respect pour l'autorité de l'Église dont il reconnaissait en principe la suprême direction en matière de mariage.

Deux hommes nous paraissent cependant avoir poussé aussi loin que possible les derniers efforts pour faire triompher, sur le point de droit qui nous occupe, la thèse de la nullité complète du mariage contracté par le mineur sans le consentement de ses parents. Ces deux hommes sont Daguesseau et Pohtier : Daguesseau, le représentant le plus autorisé de la jurisprudence ; Pothier, l'une des personnifications les plus illustres de la doctrine (1).

(1) Pothier. *Traité du contrat de mariage.* — Daguesseau. XXX[e] Plaidoyer, du 27 avril 1694, dans la cause de Melchior Fleury et son fils, la dame de Razac et la demoiselle sa fille.

QUATRIÈME PARTIE

DROIT INTERMÉDIAIRE — CODE CIVIL
LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES — CONCLUSION

DROIT INTERMÉDIAIRE

Ce fut pendant la période dite du Droit intermédiaire que se produisit le fait considérable de la sécularisation du mariage. Pothier et les civilistes l'avaient manifestement préparée. Il serait curieux, après l'avoir montré avec quelques développements, d'insister sur le motif historique de cet événement : le mariage de Talma (1). Mais peut-être sommes-nous déjà sorti parfois des limites comportées par notre sujet ; aussi croyons-nous devoir nous hâter vers les solutions du Code civil. Cette précipitation n'exclut pas une mention plus précise.

Nous lisons dans la Constitution des 3-14 septembre 1791 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le » pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinc-

(1) Le curé de Saint-Sulpice pour obéir, disait-il, à des lois canoniques particulières à la France, lois que, pour notre compte, nous déclarons ne pas connaitre, avait refusé la bénédiction nuptiale à cet acteur du Théâtre-Français. Celui-ci adressa à l'Assemblée une lettre qui, lue à la séance du 12 juillet 1790, fut le point de départ du premier projet de loi sur le mariage civil.

» tion, le mode par lequel les naissances, mariages et décès, » seront constatés et il désignera les officiers publics qui en re» cevront et conserveront les actes ».

Cette loi promise fut promulguée le 28 septembre 1792. Elle fixait l'âge du mariage à 15 ans pour les hommes, à 13 ans pour les filles ; c'était presque revenir, sans le vouloir assurément, aux dispositions séculaires du droit canonique.

Les mineurs de 21 ans, fils ou filles, ne pouvaient, à peine de nullité, être mariés sans le consentement de leur père ou mère. Le consentement du père était suffisant. Si le père était mort ou interdit, le consentement de la mère suffisait également (1).

Un décret du 8 mars 1793 portait que les militaires étaient libres de se marier sans le concours de leur chef. Ce décret abolissait un règlement du 1er juillet 1788 dont notre législation actuelle a reproduit l'esprit, et qui mettait obstacle à la liberté du mariage des militaires.

Un décret postérieur du 7 septembre 1793 autorisa même les mineurs orphelins à se marier, après certaines formalités, contre l'avis du conseil de famille, sauf en deux cas particuliers déterminés par la loi (2).

Cette dernière disposition, relative au mineur, est digne de remarque. Elle montre que le Droit intermédiaire n'était pas si opposé qu'on pourrait le croire à la thèse d'une plus grande liberté dans les mariages, puisqu'il admettait qu'un mineur orphelin de père et de mère, un fils de 15 ans, une fille de 13 ans, pût se marier sans avoir besoin, en définitive, du consentement de qui que ce soit.

La preuve que cette extension de la liberté des mariages était bien dans les idées de l'époque nous est fournie par les projets de Code rédigés par Cambacérès (3).

(1) Loi du 20 septembre 1792, Titre IV, sect. I, art. 3-13,

(2) Fenet, T. I, p. 224 en note.

(3) V. Fenet, T. I, p. 18 et 19. Premier projet. — Fenet, T. 1, p. 102. Deuxième projet. — Fenet, T. I, p. 150. Troisième projet.

Le projet de Jacqueminot, curieux aussi à connaître, (1) est lui, au contraire, un retour aux sévérités de l'ancien Droit. Nous voyons les esprits fort hésitants sur la meilleure manière de concilier les droits de la puissance paternelle avec ceux de la liberté humaine. Quoi qu'il en soit, l'état de choses créé par la loi du 20 septembre 1792 se prolongea jusqu'à l'avènement du Code civil dont les solutions sont maintenant à connaître.

(1) V. Fenet, T. I, pp. 330 et suiv. *Idées préliminaires* et p. 324. Projet.

CODE CIVIL

DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES PARENTS

SOMMAIRE. — Motifs de l'exigence du consentement des parents.— Division de la matière.

Le Code civil consacra à nouveau un empêchement dirimant d'origine toute récente, en édictant les articles 148 et suivants et les articles 182, 183.

Nous nous associons pleinement au résumé que donne Demolombe des motifs qui ont guidé le législateur dans l'établissement de ces règles nouvelles si on les compare à l'ambiguité et au chaos de l'ancien Droit : « La loi soumet les » futurs époux à l'obligation de demander le consentement » ou le conseil de certaines personnes... Il le fallait, d'abord et » avant tout, pour les futurs époux eux-mêmes, qu'il importe » d'éclairer et de défendre contre les séductions, contre les » égarements des passions ; — pour leur famille, très intéres- » sée à ce qu'un mariage fâcheux ne lui crée pas des rapports » d'alliance et de parenté tout à fait mal assortis ; — pour la » société elle-même, enfin, très intéressée au maintien de la » discipline domestique et du bon ordre des familles, et qui » doit dès lors ne prêter son concours à la célébration d'un » mariage que lorsque les enfants ont accompli envers leurs » père et mère, ou autres ascendants, ces devoirs de déférence, » dont ils ne pourraient pas sans ingratitude et sans impiété, » s'affranchir dans une telle occasion (art. 371) (1).

(1) Demolombe, T. 3, p. 56.

Nous diviserons toute cette matière en trois articles :

I. Cas où il y a lieu de prononcer la nullité pour défaut de consentement des parents.

II. Personnes pouvant invoquer le défaut de consentement.

III. Fins de non-recevoir.

ARTICLE I

CAS OU IL Y A LIEU DE PRONONCER LA NULLITÉ POUR DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES PARENTS

SOMMAIRE. — A. Enfants légitimes. — L'enfant légitime a encore un ou plusieurs ascendants. — Controverse sur la question de savoir si la justice peut suppléer au défaut de consentement d'un ascendant qui n'est ni interdit ni interné dans un établissement d'aliénés. — L'enfant légitime n'a plus aucun ascendant. — B. Enfants naturels. — L'enfant naturel a été reconnu par son père ou sa mère ou par tous les deux. — L'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère ou ceux-ci sont décédés.

Il faut examiner cette condition de la nécessité du consentement des parents dans une double hypothèse.

A. A l'égard des enfants légitimes.

B. A l'égard des enfants naturels légalement reconnus.

A. — *Enfants légitimes.*

Il faut encore distinguer suivant que l'enfant légitime a ou n'a pas d'ascendants.

1° *L'enfant légitime a encore un ou plusieurs de ses ascendants.* — La règle générale est alors contenue dans l'article 148, qui était l'article VI du projet. La loi décide que le consentement des ascendants sera nécessaire, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les garçons, jusqu'à vingt et un ans seulement pour les filles. On fonde ordinairement cette différence sur la constitution physique des deux sexes, et sur le caractère aussi bien

que sur la position de l'un et de l'autre des époux dans la société. La première raison ne nous paraît pas la meilleure, puisque, si l'on tenait vraiment compte de cette considération, il ne saurait être question de retarder jusqu'à vingt-cinq ans le mariage d'un jeune homme légalement nubile depuis sept ans, jusqu'à vingt et un ans le mariage d'une jeune fille légalement nubile depuis six ans. Le motif de cette disposition doit donc être recherché dans la préoccupation de resserrer, de faire durer aussi longtemps que possible le lien de la famille. On peut se demander toutefois et même douter s'il était nécessaire, pour atteindre ce but, de prolonger jusqu'à vingt-cinq ans l'impossibilité pour le fils de se marier sans l'agrément formel de sa famille.

Bien entendu, l'émancipation ne dispense pas l'enfant de cette obligation (art. 476-487) puisque l'article 148 y soumet la fille jusqu'à vingt et un ans, et que même la majorité du fils ne l'en affranchit pas encore.

Le consentement doit être donné par les ascendants. Évidemment il ne peut être question de requérir l'assentiment de tous les ascendants ; quels sont ceux qui ont le droit d'intervenir ?

Il faut distinguer :

a) Si les père et mère existent encore tous les deux, ils doivent tous les deux, nous ne disons pas consentir également, mais avoir été mis l'un et l'autre à même de donner leur consentement. Ce qui veut dire que si le père doit tout à la fois avoir été consulté et fournir son consentement, il suffit que la mère ait été consultée ; son consentement n'est pas nécessaire pour la validité du mariage. La réciproque n'était pas admissible, c'est-à-dire que la loi n'aurait pas pu décider que le simple partage, résultant du refus du père et du consentement de la mère, aurait suffi pour légitimer le mariage de l'enfant.

Les auteurs se demandent quelle est la sanction de l'article qui exige que la mère soit toujours consultée. On répond que

l'officier civil ne doit pas célébrer le mariage tant qu'on ne lui représente pas la preuve que cette consultation a été faite (art. 76-4°), et qu'il devrait dès lors, s'il ne l'avait pas exigée, encourir les peines prononcées par les articles 156 du Code civil et 193 du Code pénal.

La mère non consultée peut-elle, par ce motif, s'opposer au mariage ? L'affirmative a des partisans et a été adoptée par la Cour de Riom, le 3 juin 1817 (1). La négative paraît beaucoup plus probable aux savants auteurs Demolombe, Aubry et Rau. Elle s'appuie, comme argument de texte, sur l'article 173 d'après lequel la mère ne peut former opposition *qu'à défaut du père* ; or, dans l'espèce, le père est là qui donne son consentement au mariage ; donc, conclue-t-on, la mère n'y peut pas former opposition, pas plus qu'elle ne pourrait, le mariage une fois célébré, en demander la nullité (comp. art. 158, 163, 182).

On pourrait peut-être répondre que cette exclusion de la mère est en contradiction avec ce principe consacré par le Code (art. 148 et 151) : que l'enfant doit toujours, même du vivant de son père, demander le consentement ou le conseil de sa mère, et que, conséquemment, la mère a toujours qualité pour former opposition. On ajouterait que ces mots de l'article 173, *à défaut du père*, ne visent pas seulement le cas d'impossibilité physique, mais encore les cas d'impossibilité morale ou légale de manifester sa volonté ; qu'on pourrait voir, à l'extrême rigueur, un cas d'impossibilité morale, pour le père qui a consenti, dans le fait de ne pouvoir immédiatement montrer une volonté contraire à l'assentiment formel qu'il a donné ; que la loi a très nettement distingué le droit de la mère de celui du père ; que la volonté du père l'emporte sans doute pour décider de l'avenir, mais que cette supériorité dans la décision, exigée par la nature et par la nécessité de clore le débat, n'empêche pas qu'il n'y ait entre les deux époux égalité dans la consultation ;

(1) Sirey. 18. 2, 41.

qu'enfin laisser au père tout seul le droit de trancher la question, c'est ressusciter sans base légale et sans motif raisonnable l'antique autorité du *paterfamilias* romain qui excluait la mère, et que le Code civil n'a certainement pas entendu restaurer complètement.

Les défenseurs de la négative font encore valoir que cette opposition aurait l'inconvénient grave de porter devant les tribunaux le conflit entre le père et la mère, de révéler au public leurs mésintelligences domestiques ; et tout cela finalement sans but et sans résultat, puisque le refus de la mère ne pouvant pas empêcher le mariage, les magistrats devraient nécessairement donner mainlevée de son opposition.

On pourrait répondre que l'inefficacité de l'opposition faite par la mère seule n'est pas une raison suffisante de la priver de ce droit, puisque l'opposition du père lui-même, si elle ne révèle pas l'existence d'un empêchement dirimant, est absolument impuissante à produire autre chose qu'un simple retard dans la célébration du mariage. De plus, lorsque le législateur a permis au père de s'opposer au mariage de son fils, *quel que soit l'âge de ce dernier*, il n'a pas été arrêté par la crainte d'étaler en public la mésintelligence qui peut régner entre le père et le fils ; pourquoi dès lors objecterait-on à l'exercice du droit de la mère la nécessité de ne pas dévoiler le désaccord qui divise les époux, surtout s'il s'agit de l'intérêt de l'enfant, qui peut se trouver mieux compris par l'intelligence et le cœur de la mère ?

En résumé, nous ne nions pas que le texte ne soit plus favorable à la négative ; nous reconnaissons que cette dernière solution est défendue par la majorité des auteurs ; mais nous avouons que nous aurions désiré qu'il pût en être autrement, et nous exprimons modestement le vœu qu'un texte formel, en conférant à la mère un droit actuellement douteux, consacre entre les deux époux ou mieux entre les deux auteurs — *parentes* — une égalité que la nature exige.

b) « Si l'un des deux époux est mort, ou s'il est dans l'im-
» possibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'au-
» tre suffit (1).. »

Deux cas sont prévus par ce texte : 1° celui du décès de l'un des deux auteurs ; 2° celui de l'impossibilité pour l'un des deux auteurs de manifester sa volonté.

L'hypothèse du décès ne semble pas offrir de difficultés, régulièrement le décès devant être prouvé par la représentation de l'acte de l'état civil. On se pose néanmoins la question de savoir si l'attestation de l'un des deux époux déclarant ignorer le lieu du décès de son conjoint suffirait à elle seule, par application extensive de l'avis du Conseil d'État du 4 messidor an XIII, ainsi conçu : « Il n'est pas nécessaire de produire
» l'acte de décès des père et mère tous deux décédés, lorsque
» les aïeuls et aïeules attestent ce décès. ».

Aubry et Rau (§ 462) et Vazeille (T. I, n° 123) professent l'affirmative. C'est *à fortiori*, disent-ils, qu'il faut appliquer à notre espèce l'avis de messidor. Comment, en effet, la mère ne pourrait-elle pas attester valablement le décès du père, quand l'aïeul atteste valablement le décès de tous les deux, et du père et de la mère.

Demolombe tient pour la négative qui nous paraît préférable ; voici le résumé de ses raisons : « Il me semble que l'on a
» pu vouloir, ... se mettre plus en garde contre la déclaration
» du père ou de la mère attestant le prédécès de son conjoint,
» que contre la déclaration des aïeuls et aïeules attestant le
» prédécès des père et mère. Ne voit-on pas trop souvent le
» mari et la femme dans une sorte d'hostilité, vivant séparés
» et quelquefois loin l'un de l'autre ? N'est-ce pas souvent aussi,
» sur la question du mariage de leurs enfants, qu'éclatent entre
» eux, avec le plus de vivacité, les mésintelligences et les con-
» flits ? Serait-il prudent de se contenter de la déclaration de

(1) Art. 149.

» l'un deux, de celle de la mère surtout, qui attesterait le décès
» du père pour faire faire à sa fille ou à son fils un mariage au-
» quel le père n'aurait pas voulu consentir (1)?.. »

La loi ne détermine pas les caractères de *l'impossibilité* qui empêcherait le père ou la mère de manifester leur volonté. C'est donc là une question de fait et d'appréciation. La règle générale qu'on peut poser est qu'il faut que cette impossibilité soit réelle et bien constatée, c'est-à-dire, suivant Aubry et Rau : « en cas *d'absence*, et en cas *d'interdiction*, soit légale, soit ju-
» diciaire ».

Évidemment, il faut que le père ou la mère soit au moins en état de présomption d'absence ; le simple éloignement, si considérable qu'il soit, ne suffirait pas. Cependant, comme le texte exige seulement qu'il y ait impossibilité, il semble que les tribunaux ont plein pouvoir pour l'apprécier et pour la reconnaître.

Le Code pénal (art. 29) n'ayant pas défini le caractère ni précisé les effets de l'interdiction *légale*, c'est par les motifs généraux qu'il convient de les déterminer. Or il semble que la loi a dû nécessairement suspendre, dans la personne du condamné qui est sous le coup d'une peine afflictive et infamante, l'exercice de cette espèce de magistrature domestique.

L'interdiction *judiciaire* se prouverait par la représentation du jugement qui aurait prononcé l'interdiction du père ou de la mère pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur. Il en serait de même du certificat constatant l'admission du père ou de la mère dans un établissement public ou privé d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838.

Ici se présente une question des plus délicates en même temps que des plus importantes. Sa délicatesse vient de ce qu'elle ne nous paraît pas pouvoir être tranchée souverainement par les textes législatifs. Son importance vient de ce que, à

(1) Demolombe, nº 40 et *Traité des absents*, nº 314.

notre avis, la solution qu'on est tenté de lui donner montre clairement le vice du système consacré par notre Code civil. Nous ne saurions la mieux poser que Demolombe qui s'exprime ainsi : « Mais que décider si le père ou la mère qui ne » serait ni interdit ni placé dans une maison d'aliénés se trou- » vait néanmoins, par suite de l'altération de ses facultés in- » tellectuelles, hors d'état de manifester sa volonté. Cette si- » tuation est difficile et délicate. L'autre ascendant, en effet, ni » personne dans la famille, ni même l'officier de l'état civil, ne » saurait, de sa seule autorité, se constituer juge à cet égard ; » et il y aurait là d'ailleurs par trop d'abus possibles, puisqu'il » serait à craindre qu'on ne représentât comme dépourvu de » raison l'ascendant le plus sensé peut-être, qui s'opposerait » au mariage. Que faire donc ?... recourir au moyen de l'inter- » diction, au placement dans une maison d'aliénés ? Il le faudra » bien, dit-on, pour obtenir la preuve authentique de cette » impossibilité qu'on allègue (Delvincourt, T. I, p. 291, note 5 ; » Toullier, T. I, n° 543 ; Duranton, T. II, n° 85 : D., Rec. Alp. » V° Mariage, sect. I, art. 4, n° 14) : et la loi du 20 septembre » 1792, Tit. IV, sect. I (art. 5 et 6) exigeait en effet positive- » ment que le père fût *mort* ou *interdit* pour que le consente- » ment de la mère fût suffisant. — Mais qui ne voit tout ce que » l'emploi de ces mesures pourrait avoir souvent, en pareil cas, » de fâcheux et de regrettable. Ne sait-on pas le soin avec » lequel les familles, les meilleures même et les plus unies, » cachent ces infirmités dans le secret du foyer domestique ?... » Est-il bien sûr que les retards qui vont en résulter, l'éclat » surtout et le scandale, ne feront pas manquer le mariage ? Et » puis enfin, ne serait-il pas possible que l'infirmité intellec- » tuelle de l'ascendant ne fût pas habituelle (art. 489), ou que, » par tout autre motif, elle ne fut pas de nature à motiver son » interdiction ? — En cet état, produirez-vous son consente- » ment tel quel ? Mais ce moyen, à son tour, manquerait de » dignité et de bonne foi ; il tromperait le vœu du législateur,

» qui exige un consentement véritable, une volonté intelligente
» et éclairée : et le mariage, ainsi contracté, ne serait point
» à l'abri d'une action en nullité (art. 182). — Mais, encore une
» fois, direz-vous, comment faire ?... »

Nous comprenons à merveille l'embarras de l'éminent jurisconsulte. D'un côté, la loi est formelle lorsqu'elle requiert le consentement des parents ; d'un autre côté, l'impossibilité de l'un des parents de manifester sa volonté ne saurait résulter d'une simple altération de ses facultés intellectuelles. Si l'on entrait dans cette dernière voie, on arriverait à tourner arbitrairement la loi et à méconnaître l'autorité paternelle telle que le Code l'a garantie, sous prétexte de couvrir des misères de famille. La solution proposée par Demolombe et Aubry et Rau nous paraît désirable parce qu'elle est vraiment humaine, raisonnable, mais nous ne croyons pas qu'elle soit légale, c'est-à-dire conforme à la lettre et même à l'esprit de notre Code civil. En effet, où Demolombe a-t-il vu qu'on pourra, dans ce cas « s'adresser au tribunal qui pourra, sans prononcer l'in-
» terdiction, ordonner qu'il sera passé outre avec le seul con-
» sentement de l'autre ascendant ». Sur quoi s'appuie-t-il pour dire : « Le mieux serait, en cas de refus par l'officier de l'état
» civil de célébrer le mariage, de l'assigner pour obtenir juge-
» ment contre lui ; et s'il n'élevait pas lui même la difficulté,
» je pense qu'il serait, dans tous les cas, prudent de faire cons-
» tater cette impossibilité par le tribunal, qu'on saisirait alors
» au moyen d'une requête ainsi que cela se pratique dans
» plusieurs autres hypothèses (arg. des articles 112 Code civil
» 859, 861, 890, 997 du Code de procédure) » ?

L'article 112, au titre des absents, est ainsi conçu : « S'il y a
» nécessité de pourvoir à l'administration *de tout ou partie des*
» *biens* laissés par une personne présumée absente et qui n'a
» point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de
» première instance, sur la demande des parties intéressées ».

Nous ne croyons pas que la controverse actuelle puisse être

éclairée par cet article. En effet, s'il est admissible que le pouvoir judiciaire soit autorisé par la loi à remplacer, sur la demande des parties intéressées à la conservation des biens, le propriétaire *absent*, pour la gestion d'intérêts *purement matériels*; comment peut-on assimiler à cette situation le cas d'un père, par exemple, qui est *présent* quoique parfois faible, nous allions dire absent d'esprit, et que l'intervention de la justice, sollicitée par des parties intéressées à paralyser la puissance paternelle, déclarerait déchu de l'usage d'une *prérogative d'un ordre supérieur*, sans que la loi ait expressément sanctionné cette dérogation au droit commun ?

Les articles du Code de procédure civile se prêtent encore moins, s'il est possible, à l'extension arbitraire que voudrait leur donner l'auteur. L'article 859 parle de la requête à présenter au président du Tribunal dans le cas de l'article 112. L'article 861 porte que : « La femme qui voudra se faire auto- » riser à la poursuite de ses droits, après avoir fait une som- » mation à son mari, *et sur le refus par lui fait*, présentera » requête au président, qui rendra ordonnance portant per- » mission de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du » conseil, *pour déduire les causes de son refus* ». Mais, le père ou la mère qui est faible d'esprit n'a pas refusé ; on n'a donc pas à lui appliquer un article qui tendrait à lui faire déclarer en chambre du conseil les causes de son refus.

L'article 890 doit être écarté par ce seul motif qu'il donne la procédure de la poursuite en interdiction, alors que la solution défendue a uniquement pour but d'empêcher d'instruire le procès en interdiction : « Dans toute poursuite d'interdiction » les faits d'imbécillité... seront énoncés en la requête présen- » tée au président du Tribunal... ».

Enfin, ce ne peut être, croyons-nous, que par inadvertance ou erreur d'article, que Demolombe a cité l'article 997, qui est l'article unique du titre IX : *de la renonciation à la communauté, de la vente des immeubles dotaux, et de la renonciation à la succession.*

Donc, encore une fois, rien, selon nous, ne sert de base sérieuse à l'opinion que nous combattons, et l'éminent auteur ne nous a pas dit sur quoi il se fonde pour conclure ainsi : « Le » Tribunal emploierait, pour apprécier l'état mental de l'ascen- » dant, telle ou telle mesure d'instruction suivant les circons- » tances, soit un acte de notoriété (arg. de l'article 155), soit » même la comparution en personne, le moyen assurément le » plus péremptoire, si, d'ailleurs il ne présentait pas, en fait, » d'inconvénients (Poitiers, 11 mars 1830, Choigneau C. Des- » guibertières, D. 1830, II, 178) ».

En résumé, si nous ne nous faisons illusion, nous sommes ici en présence d'une conséquence nécessaire et regrettable du système absolu du Code. Notre loi civile ne nous parait pas, en dehors de cas strictement déterminés, avoir investi la puissance judiciaire du droit de suppléer ou au défaut complet ou à l'insuffisance de consentement des parents pour le mariage des enfants. C'est le père qui doit consentir, à moins qu'il ne soit dans l'impossibilité de le faire, et cette impossibilité, lorsqu'elle résulte de la faiblesse d'esprit, ne peut exister légalement que s'il y a eu interdiction ou internement dans une maison d'aliénés. Vouloir dépouiller le père du droit de consentir au mariage de ses enfants sans passer par l'une ou l'autre de ces deux alternatives douloureuses mais nécessaires, ce n'est plus interpréter la loi, c'est la faire. Assurément, nous ne demandons pas mieux que le pouvoir judiciaire puisse, dans le silence de la chambre du conseil ou de toute autre façon discrète, parer à cette pénible éventualité, provoquer de la part de ce parent, dont l'intelligence est affaiblie, un consentement que la sauvegarde de la justice rendrait inattaquable dans l'avenir, ou même triompher d'une résistance évidemment déraisonnable, sans aller jusqu'à proclamer publiquement la folie de l'opposant. Tous ces moyens sont bons, désirables ; mais dans l'état actuel des textes, ils ne nous paraissent pas légaux. Qu'on fasse une loi qui en décide l'application ; nous ne serons pas loin de l'établisse-

ment du système que nous serions tenté de défendre, et qui consisterait à investir les Tribunaux du droit de suppléer au consentement du père, non seulement quand celui-ci est dans un état de faiblesse mentale qui peut ne pas aller jusqu'à l'imbécillité et la démence, mais même quand le refus de consentir au mariage de son fils mineur lui est notoirement inspiré par le dépit, par la colère, ou par le sentiment d'une opposition que rien ne justifie. On avouera d'ailleurs qu'il peut exister des cas où il serait bien difficile de saisir la nuance, entre l'obstination qui aurait pour principe ce que nous appellerions un travers, une faiblesse cérébrale, et l'opposition d'un homme sain d'esprit qui refuserait son consentement au mariage de son enfant, bien que toutes les circonstances d'intérêt, de fortune, de convenance, de situation sociale, fussent de l'aveu de tous réunies pour exiger son assentiment. Si donc la doctrine et la jurisprudence — comme semble l'indiquer un arrêt de la cour de Poitiers cité plus haut — sont d'accord, à défaut d'un texte précis que nous ne croyons pas exister dans nos Codes, pour reconnaître au pouvoir judiciaire le droit d'apprécier l'état mental de l'ascendant, c'est-à-dire en définitive de suppléer au consentement que cet ascendant pourrait donner à la rigueur, puisqu'il n'est pas question d'un interdit judiciaire ni d'un dément interné ; nous demandons pourquoi ce même pouvoir judiciaire ne pourrait pas, surtout en supposant que la mère et les autres membres de la famille consentent au mariage, donner à l'enfant une autorisation que lui refuse un père sain d'esprit sans doute au point de vue médical, mais véritablement insensé dans sa résistance au point de vue moral.

« Le consentement de l'autre suffit », dit l'article 149, — de l'autre, quel qu'il soit.

Jusqu'à présent, nous avons supposé que l'enfant mineur quant au mariage, avait encore ou bien son père et sa mère, ou bien son père ou sa mère. Nous avons maintenant à examiner le cas où l'enfant légitime n'a plus que des ascen-

dants d'un degré plus éloigné que son père et sa mère.

L'article 150 règle les diverses hypothèses à prévoir : « Si le » père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité » de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les rempla- » cent ; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la » même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.

» S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage em- » portera consentement. »

La preuve la plus naturelle du décès sera la représentation de l'acte de décès. On pourrait aussi se contenter de l'attestation des aïeuls ou des aïeules. Demolombe, sur ce second moyen de preuve, ajoute qu'il ne serait pas nécessaire de produire un acte de notoriété rédigé dans la forme prescrite par l'article 71 (avis du Conseil d'État du 4 messidor an XIII) (1).

Mettons en lumière les principes renfermés dans notre article.

Le père et la mère sont représentés, dans chacune des deux lignes, paternelle et maternelle, par les aïeuls et aïeules de chacune de ces lignes.

1° L'aïeul et l'aïeule doivent tous deux être consultés dans chaque ligne, par argument d'analogie avec ce qui a lieu pour le père et la mère.

2° S'il y a dissentiment, la volonté de l'aïeul est prédominante sur celle de l'aïeule, soit qu'il consente, soit qu'il refuse.

3° Si l'aïeule est seule dans sa ligne, son consentement suffit pour cette ligne (comp. art. 149 et 150). Il peut donc se faire que le consentement d'une seule aïeule, l'aïeule maternelle par exemple, l'emporte sur le refus de l'aïeul et de l'aïeule paternels, puisque l'aïeule maternelle représente à elle seule sa ligne, et que le partage entre les deux lignes emporte consentement. (Poitiers, 8 juillet 1830 : Demolombe, n° 46).

4° Il nous paraît incontestable, et c'est d'ailleurs l'avis con-

(1) Demolombe, n° 486.

forme de la doctrine et de la jurisprudence, qu'à défaut d'aïeuls et d'aïeules, les bisaïeuls et les bisaïeules et autres ascendants d'un degré supérieur les remplacent pour le consentement à donner. Le mot *aïeul* est générique et s'applique à tous les ascendants (1).

Dans le cas où il y aurait dans une ligne un aïeul et dans l'autre un bisaïeul, suffirait-il d'obtenir le consentement de l'aïeul ? D'après les articles 402 et suivants, la loi défère la tutelle aux aïeuls avant de la déférer aux bisaïeuls ; nous entrerions volontiers dans la voie d'analogie qui nous conduit à une réponse affirmative (2).

Mais comment ce consentement doit-il être donné par l'ascendant, père, mère, aïeul ou bisaïeul ? Il devra d'abord, cela est certain, être exempt des vices qui seraient de nature à l'altérer (art. 1109 et suiv.). Faudra-t-il de plus qu'il s'applique à un mariage déterminé avec une personne individuellement désignée ? La doctrine se divise sur ce point : pour notre compte, une autorisation générale nous semble être une abdication si absolue de la puissance paternelle qu'il est peu probable que le législateur ait voulu s'en contenter. Toutefois, nous le reconnaissons, le texte ne demande pas un consentement spécial, et en cas d'éloignement il sera souvent difficile de l'exiger ; aussi le mieux serait-il de s'en rapporter à l'appréciation des tribunaux qui décideront suivant les circonstances de la cause. Enfin l'article 73 veut que le consentement soit constaté par un *acte authentique*, mais seulement lorsque les ascendants n'assistent pas au mariage. Il ne suffit pas qu'il soit donné quelques mois, quelques jours même avant le mariage, il faut qu'il persiste jusqu'au moment de la célébration ; mais en principe, sauf des questions de détail que nous n'avons pas à examiner,

(1) On pourrait peut-être dire, avec une grammaire plus stricte, que ce n'est pas le mot *aïeul* mais le mot *aïeux* qui comprend *tous* les ascendants, de quelque degré qu'ils soient.

(2) V. *Précis de Droit civil* par Baudry-Lacantinerie, T. I, n° 430.

il sera toujours présumé subsister, tant qu'il n'aura pas été formellement rétracté.

2° *L'enfant légitime n'a plus aucun ascendant.* — « S'il n'y a » ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent » tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils » ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter » mariage sans le consentement du conseil de famille » (Art. 160).

Toute différence entre les fils et filles disparaît alors : l'âge est uniforme pour les deux sexes. *Jusqu'à vingt et un ans*, le consentement du conseil de famille est nécessaire ; mais après cet âge il cesse de l'être, aussi bien pour les garçons que pour les filles. Le conseil de famille, dit-on d'ordinaire, ne porte pas au pupille un intérêt assez vif pour que l'on prolonge ses pouvoirs au delà de la majorité.

Ici se placerait l'examen d'une controverse célèbre née de l'antinomie apparente entre l'article 160 du Code civil et l'article 883 du Code de procédure civile. Nous l'omettons à dessein ; le but de ce travail — comme l'indique son titre — étant avant tout l'étude des rapports de l'enfant avec ses père et mère.

B. — Enfants naturels.

Différents cas sont prévus par la loi. 1° L'enfant a été reconnu par son père ou sa mère, ou bien par tous les deux (Art. 158).

Les règles tracées par les articles 148 et 149 sont alors applicables ; le consentement du père ou celui de la mère, si seule elle a reconnu l'enfant, est nécessaire pour les fils jusqu'à vingt-cinq ans, pour les filles jusqu'à vingt et un ans. Mais à la différence des enfants légitimes, les enfants naturels n'ont jamais besoin, même après la mort de leur père et de leur mère, du consentement de leurs ascendants (art. 158 comparé avec l'art. 150). Le motif en est évident : les enfants natu-

rels n'ont pas, légalement parlant, d'ascendants ; la reconnaissance n'établit entre eux et leur père ou mère qu'un lien tout personnel, qui ne s'étend pas au degré suivant. Il en résulte que, lorsque ceux-ci sont décédés, ils doivent être considérés, du moins au point de vue qui nous occupe, comme n'ayant pas de parents ; les dispositions de l'article 159 leur sont donc applicables.

2° L'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère, ou bien ceux-ci sont décédés (art. 159).

Dans ce cas, si l'enfant a vingt et un ans accomplis, il pourra se marier à son gré, sans avoir besoin de consulter personne ; la distinction entre les deux sexes disparaît de nouveau. Si au contraire il n'a pas encore atteint cet âge, il lui faudra le consentement d'un tuteur *ad hoc*, de sorte que le tuteur général, dont l'enfant serait déjà pourvu, n'aurait pas qualité pour consentir au mariage. Le conseil pourrait donner au tuteur général un pouvoir spécial à cet effet ; il serait même presque toujours convenable et utile qu'il le fît ; mais enfin ce pouvoir *ad hoc* serait tout à fait nécessaire au tuteur général ; le texte est formel à ce sujet.

Valette (sur Proudhon, t. I, p. 339, note *a*, 1) remarque qu'il eût été plus simple de charger le conseil lui-même de consentir au mariage, ainsi que l'a fait l'article 160 à l'égard des enfants légitimes. Cette observation est très juste, et ce que l'on dit d'ordinaire pour expliquer la nomination de ce tuteur *ad hoc* ne peut que faire regretter que le Code n'ait pas réglé de même deux situations identiques. La loi, dit-on, ne s'est pas contentée, avec raison, de l'approbation du conseil de famille, composé d'amis et quelquefois même de simples connaissances (art. 409 *in fine*) ; une pareille assemblée n'aurait presque jamais porté assez d'intérêt à l'enfant pour défendre ses droits avec le zèle nécessaire et sauvegarder son honneur avec un soin assez jaloux. Le tuteur *ad hoc* ne lui sera peut-être pas plus attaché au fond ; mais, chargé seul de sa défense, il ne pourra rejeter

sur d'autres les conséquences de son incurie ; la responsabilité étant plus limitée, il en sentira davantage le poids ; il en comprendra mieux les devoirs et s'efforcera de les remplir avec plus de conscience (1).

(1) On remarquera que les mêmes raisons militeraient pour la nomination d'un tuteur *ad hoc* dans le cas du mariage d'un mineur de 21 ans, enfant légitime, et que cependant la loi n'a pas suivi le même système. N'est-ce pas un motif de plus pour soutenir la thèse de l'appel possible de la décision du conseil de famille ?

ARTICLE II

PERSONNES POUVANT INVOQUER LE DÉFAUT DE CONSENTEMENT

SOMMAIRE. — Texte de l'article 182, siège de la matière. — Deux classes de personnes peuvent demander la nullité. — A. Personnes dont le consentement était requis. — Opinions de Demolombe et de Marcadé sur les personnes qui peuvent exercer l'action. — B. Conjoints qui auraient besoin du consentement d'autrui. — Que penser du droit que le Code accorde à l'époux de se prévaloir de sa propre faute ?

C'est l'article 182 qui règle la matière. Il est ainsi conçu : « Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, » des ascendants ou du conseil de famille, dans les cas où ce » consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par » ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux » époux qui avait besoin de ce consentement. »

De là il résulte que deux classes de personnes peuvent, d'après l'article 182, demander la nullité :

A. Ceux dont le consentement était requis.

B. Celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement.

A. — *Personnes dont le consentement était requis.*

L'obligation de demander le consentement est sanctionnée par le droit pour les ascendants de provoquer la nullité du mariage.

Il faut tout d'abord prendre parti entre deux formules qui

dominent toute la matière : l'une ressort de la doctrine de Demolombe, l'autre est le résumé de celle de Marcadé.

L'action en nullité peut être intentée, dit-on, dans le premier système, par tous ceux à qui appartient *actuellement* l'exercice de la puissance paternelle, alors même qu'ils ne l'auraient pas eu antérieurement. Elle ne saurait l'être, enseigne-t-on, dans le second, que par ceux qui en avaient la jouissance et l'exercice *au moment de la célébration du mariage*, c'est-à-dire au moment où le consentement était requis et qui les ont encore actuellement. Malgré la grande autorité de Demolombe et les arguments spécieux qu'il apporte (1), nous croyons devoir nous ranger à l'opinion de Marcadé pour cette raison de texte qui nous parait décisive. L'article 182 dit en effet : « Le mariage *ne peut être* attaqué *que par* ceux dont le consentement ÉTAIT REQUIS. » Le rédacteur emploie *l'imparfait* et non le *présent* qu'exigerait le système de Demolombe Ajoutons à cet argument d'autant plus décisif que rien dans les travaux préparatoires ne vient éclairer la question, qu'il s'agit ici d'une nullité relative, que par conséquent la restriction n'a rien d'invraisemblable; qu'enfin, s'il y a un doute, il doit être interprété dans le sens de la validité du mariage.

Appliquons maintenant ce système à nos principales espèces.

1° *Défaut de consentement des père et mère.*

Un enfant ayant son père et sa mère se marie sans leur consentement. Le père ne juge pas à propos d'intenter l'action en nullité ; il meurt ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté avant la prescription de l'action ; la mère pourra-t-elle alors l'invoquer ? Oui, dit Demolombe, parce que la mère possède actuellement l'exercice de la puissance paternelle. Non, dirons-nous avec Marcadé et d'autres auteurs considérables, car si la mère a bien actuellement l'exercice de la puissance pa-

(1) Nos 272 et 273 de son *Traité du mariage*.

ternelle, elle ne l'avait pas au moment du mariage, et c'est à ceux-ci seulement que l'article 182 ouvre le bénéfice de l'action en nullité. Or, ce n'est pas principalement en la personne de la mère que l'autorité domestique a été méconnue, mais en la personne du père ; il ne saurait donc lui appartenir de relever des griefs que celui-ci a jugé à propos de laisser tomber.

D'ailleurs, cette condition d'avoir eu au moment de la célébration du mariage l'exercice de la puissance paternelle n'est pas suffisante, il faut de plus — ici nous nous rencontrons avec Demolombe — que ceux qui intentent l'action aient encore, au moment de l'introduction de l'instance, l'exercice de cette puissance paternelle. En un mot, il faut que le demandeur en nullité remplisse deux conditions :

a) Qu'il ait eu l'exercice de la puissance paternelle lors de la célébration du mariage.

b) Qu'il l'ait encore au moment où il veut agir.

Ainsi, nous refuserions l'action à la mère dans l'espèce suivante. Le père était, à l'époque du mariage, dans l'impossibilité de manifester sa volonté ; le consentement de la mère était donc nécessaire (art. 149), mais l'enfant ne l'a pas demandé. Plus tard, le père recouvre l'exercice de ses droits, et, nonobstant sa défense, nous ne disons pas la ratification que, selon nous, il ne peut pas donner, la mère prétend demander la nullité de ce mariage. On dit ordinairement pour légitimer notre solution, que reconnaître à la mère le droit d'agir, ce serait introduire l'anarchie dans la famille, rendre illusoire ou tout au moins blesser profondément l'autorité maritale etc. Sans doute, tout cela est vrai, mais on n'a pas besoin, il nous semble, de recourir à ces considérations morales, il suffit de faire remarquer qu'il est de règle qu'on ne peut exercer une faculté que si l'on possède le droit supérieur qui la renferme. Or la mère n'a plus, *en fait*, l'exercice de la puissance paternelle ; donc elle ne saurait demander la nullité d'un mariage, qu'on pourrait, au moment même où elle l'invoquerait, contracter

sans son consentement, la puissance paternelle étant retournée, pour ainsi dire, aux mains du chef de la famille.

Dans l'hypothèse dont nous nous occupons, *personne* ne pourrait intenter l'action en nullité. Pas le père, puisque, suivant le système que nous avons embrassé, il faudrait pour cela qu'il eût eu, au moment du mariage, l'exercice de la puissance paternelle. Pas la mère, pas l'ascendant, pas le conseil de famille qui, à défaut du père, selon les cas, exerçaient la puissance paternelle, quand le mineur s'est marié, puisque, par supposition, l'exercice de la puissance paternelle n'est plus *actuellement* entre leurs mains. Donc le mineur se sera marié validement sans le consentement de sa famille et ce que nous pourrions appeler le déplacement de la puissance paternelle aura pour lui ce bénéfice important, d'autres diront peut-être ce fâcheux inconvénient, de soustraire à tout recours, à toute action en nullité, un mariage conclu en contravention d'une disposition formelle de notre Code (1).

2° *Défaut de consentement des aïeuls et aïeules.*

Pour bien comprendre sur ce point les solutions de la loi, il faut se reporter à l'article 150 qui renferme les deux dispositions suivantes :

I. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul.

II. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement. De là, en ce qui concerne l'action en nullité, deux conséquences :

a) L'aïeule ne pourra l'intenter qu'avec le concours de l'aïeul de la ligne à laquelle elle appartient, si cet aïeul existe encore et n'est pas incapable de manifester sa volonté (art. 182, 183).

(1) Nous n'oublions pas que le mineur lui-même peut attaquer son propre mariage, mais nous supposons qu'il tient avant tout à la validité de son union.

b) L'une des lignes ne peut l'intenter qu'autant que l'autre ne ratifie pas (mêmes articles).

Nous pouvons rapprocher de ces principes le système que nous avons défendu. Ainsi l'aïeule ne pourra pas intenter l'action en nullité, si elle n'avait pas, au moment du mariage, l'exercice de la puissance paternelle ; il en sera de même si l'aïeul, après en avoir été privé recouvre cet exercice, avant que l'action ait été introduite par l'aïeule. Une ligne ne pourra pas non plus attaquer le mariage, si l'autre ligne a consenti ou a ratifié.

Bien plus, un certain nombre d'auteurs soutiennent que la ratification d'une ligne, survenue au cours de l'instance, suffit pour faire tomber l'action en nullité. Demolombe (1) généralise la question et se demande ce qui doit arriver dans le cas où l'époux lui-même ayant intenté l'action en nullité, la personne dont le consentement était nécessaire intervient et déclare approuver le mariage. Cette approbation doit-elle faire aussi rejeter la demande en nullité formée par l'enfant? On pourrait peut-être ne pas confondre ces deux cas, car il nous paraît plus grave de dépouiller l'enfant lui-même du droit dont la loi l'a investi qu'une ligne d'ascendants dont l'influence est nécessairement contrebalancée ou même annulée par la décision de l'autre ligne. Cependant, comme les raisons juridiques de décider sont au fond les mêmes, on peut sans grand inconvénient les réunir dans la discussion.

Ceux qui soutiennent que la ratification d'une ligne ou d'un ascendant immédiat, survenue au cours de l'instance ne suffit pas pour faire tomber l'action en nullité, raisonnent ainsi. C'est une vieille règle tirée du Droit romain que le jugement est déclaratif et rétroagit au jour de la demande (2) ; « or à ce » moment, l'action en nullité formée, soit par l'une des lignes, » soit par l'enfant, était recevable et bien fondée ; donc elle

(1) n° 275.
(2) L. 20, *Dig*. VI ; 1.

» doit être déclarée telle, malgré l'approbation postérieure,
» soit de l'autre ligne, soit de l'ascendant, qui n'a pas pu enlever
» au demandeur son droit acquis. Et le texte même de l'ar-
» ticle 183 est conforme à ces principes ; il déclare bien que
» l'action ne peut plus être intentée par les époux, lorsque le
» mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux
» dont le consentement était nécessaire. *Intentée* ! oui ; mais
» il ne dit pas qu'elle ne puisse pas être *continuée*... »

Les partisans de l'opinion contraire, parmi lesquels se trouvent Demolombe, Aubry et Rau, font de leur côté cette réponse qui nous paraît concluante : « Cette règle du Droit
» romain, qui n'est aujourd'hui basée sur aucun texte précis,
» est loin d'être aussi absolue qu'autrefois ; elle doit surtout
» être écartée lorsqu'elle s'opposerait, comme dans notre es-
» pèce, à l'application des principes généraux du Code. Or il
» est incontestable que le vœu du législateur est de faciliter le
» plus possible la réhabilitation des mariages. Dès que l'auto-
» rité qui a été méconnue pardonne, dès qu'intervient une
» ratification, il suffit qu'elle soit certaine et sincère pour que,
» le motif qui a fait édicter la sanction disparaissant, cette
» sanction disparaisse aussi... » (1).

Aubry et Rau (2) ajoutent cette raison pratique que la demande en nullité n'aurait plus en pareil cas d'objet sérieux, puisque, après l'annulation de leur union, les époux pourraient contracter un nouveau mariage avec le seul consentement des ascendants qui avaient ratifié le premier.

3° *Défaut de consentement du conseil de famille.*

Dans l'hypothèse prévue par l'article 160, le conseil de famille tient de l'article 182 le droit de demander la nullité du

(1) Demolombe déjà cité.
(2) § 462, *Du mariage*.

mariage. Il remplit les fonctions des père et mère ou des ascendants décédés ou empêchés, il est juste qu'il en ait les droits, que son autorité ne soit pas moins respectée que la leur. Remarquons-le du reste, c'est le conseil de famille pris collectivement, et non tel ou tel de ses membres, fussent-ils même parents très proches de l'enfant, qui a le droit d'intenter l'action. Jamais en effet le consentement d'un collatéral, nous parlons du consentement particulier et individuel, n'est nécessaire pour le mariage ; or, la nullité qui nous occupe ne peut être proposée que par ceux dont le consentement était nécessaire (1).

Les trois classes de personnes que nous venons d'énumérer ont sans conteste le droit de demander la nullité du mariage pour défaut de consentement. Il n'est pas douteux non plus que les mêmes principes sont applicables à l'enfant naturel reconnu qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère (Comp., art. 148, 149 et 158).

C'est, au contraire, une question vivement débattue que celle de savoir si le mariage contracté par un enfant naturel mineur de vingt et un ans, sans le consentement du tuteur *ad hoc* qui doit lui être nommé, lorsqu'il n'a pas été reconnu, ou lorsque ses père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, si ce mariage, disons-nous, peut être attaqué, et par quelles personnes il peut l'être.

Les auteurs sont à peu près unanimes (2) pour décider que le tuteur *ad hoc* ne peut pas se prévaloir du défaut de consentement. Le silence de la loi est l'argument le plus puissant de ce système ; pour être admis à invoquer une nullité, il faut, cela est de toute évidence, s'appuyer sur un texte formel. De

(1) Locré, *Législ. civile*, t. IV, p. 416.

(2) Voyez toutefois en sens contraire Berryat Saint-Prix, qui s'appuie sur ces mots du texte qu'il interprète strictement : *ceux dont le consentement* ÉTAIT REQUIS. Demante, T. I, n° 260 bis. Cfr. Demolombe, n° 278.

plus, le tuteur *ad hoc* est nommé pour une affaire spéciale ; sa mission est par conséquent toute temporaire ; la loi ne lui confère qu'un seul droit, celui de donner son consentement au mariage. C'est, en quelque sorte, un mandataire *ad unam rem*, dont le pouvoir expire dès qu'il l'a une fois exercé. Intenter une action en nullité est chose beaucoup plus grave ; les ascendants peuvent le faire parce que leur autorité est permanente, comme le lien de famille qui les rattache au mineur. En un mot, l'ex-tuteur *ad hoc* ne le peut pas, d'abord parce qu'aucun texte ne le lui permet, ensuite parce qu'il n'aurait pour l'exercer aucun titre. Ce sera là, si on le veut, pour l'enfant naturel, une sorte de privilège qui compensera quelque peu le malheur de sa situation, en ne faisant pas dépendre d'autrui le maintien ou la destruction d'une union conclue en minorité et au mépris de la loi. Bien plus, si le tuteur *ad hoc* ne peut pas intenter l'action en nullité, nous croyons que le mineur lui-même n'aura pas le droit de se prévaloir de la violation de la loi.

Mais cette seconde partie de la présente controverse trouvera naturellement sa place dans l'examen de la 2e classe de personnes qui peuvent demander la nullité du mariage contracté en minorité.

B. — Conjoints qui avaient besoin du consentement d'autrui.

Sans vouloir exagérer ni le sens juridique ni l'extension pratique de l'adage si connu : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*, il est permis, en le rappelant, de s'étonner que le Code civil ait aussi facilement accordé à un enfant, plus coupable à ses yeux qu'il ne l'est aux nôtres, le droit de faire annuler un mariage qu'il peut avoir très librement contracté. Cette observation nous paraît d'autant plus fondée que nous en trouvons la trace dans les travaux préparatoires.

Voici en effet ce que nous lisons à la discussion de l'article 4

du projet, devenu l'article 182 du Code : « M. *Réal* dit que » cet article diffère en deux points *essentiels* des articles 8 et 9 » du projet de la section... La section refusait à l'époux le » droit de faire valoir la nullité ; il ne peut en effet se prévaloir » de sa propre faute, et arguer d'un consentement que la loi » l'obligerait de prendre. M. *Tronchet* répond à la seconde objec- » tion de M. *Réal*. Il fait observer que la loi n'a exigé le con- » sentement du père que par la raison qu'elle prend le mineur » sous sa protection, et qu'elle le déclare incapable de con- » tracter seul le mariage..... *Le Ministre de la justice* reprend la » seconde objection de M. *Réal*. Il lui semble qu'il serait contre » les principes d'admettre l'époux, au cas de l'article, à de- » mander la nullité de son mariage. Il n'est pas naturel qu'il » argue de sa propre faute, lorsque les choses ne sont plus en- » tières. Un défaut de formalité ne doit pas, sur la demande » de l'époux qui a violé la loi, faire rompre un mariage con- » sommé. Le *consul Cambacérès* dit que la disposition attaquée » par le ministre est favorable à la puissance paternelle. » M. *Tronchet* dit que l'ancienne jurisprudence allait encore » plus loin ; qu'elle admettait même les époux majeurs à faire » valoir les nullités absolues résultant des formes. Si le ma- » jeur même est admis, comment l'action serait-elle refusée au » mineur que la loi déclare incapable de donner seul un con- » sentement ?

« M. *Rœderer* objecte que, si la loi vient au secours du mi- » neur, c'est parce qu'elle entend le protéger lorsque sa fai- » blesse l'a fait tomber dans l'erreur ; mais que cette protec- » tion cesse, comme n'ayant plus d'objet, lorsque le mineur a » contracté un mariage raisonnable. Or, il est réputé n'avoir » pas été déçu, quand ses parents n'attaquent pas son mariage. » M. *Régnier* dit que l'indifférence de la famille ne doit pas » priver les mineurs du bénéfice de la loi (1)... ».

1) Locré, T. IV, pages 416 et suiv.

Il résulte de cette discussion, où le Ministre de la justice soutenait l'opinion qui n'a pas prévalu, mais que nous croyons la meilleure, que le Code n'admit pas sans difficulté le droit de l'époux à se prévaloir lui-même de la nullité d'un acte qu'il a pu très librement accomplir. Quoi qu'il en soit de la valeur intrinsèque de ce *desideratum* législatif, le texte de l'article 182 est formel : l'époux lui-même, dans certaines conditions, a le droit de demander la nullité du mariage qu'il a contracté pendant la durée d'une minorité qui se prolonge jusqu'à 25 ans. Résultat bizarre, on l'avouera, que celui qui permet à un homme de 25 ans de faire déclarer solennellement par la justice, sur sa propre initiative, que son mariage contracté à 24 ans et demi doit être cassé ou mieux regardé comme nul, sous prétexte qu'il n'a pas donné à sa détermination très raisonnée le complément légal du consentement paternel ! Comment pourra-t-il, la loi à la main et après les avoir trompées, se jouer d'une épouse, d'une famille, en ne leur laissant que la faible et dérisoire consolation d'un mariage putatif, pour récompenser la bonne foi de ses victimes ?

Mais s'il ne peut y avoir le moindre doute sur le droit de l'époux, *enfant légitime*, il n'en est pas de même pour les *enfants naturels*. Nous avons déjà résolu la première difficulté qui s'élève à leur sujet, en refusant à leur tuteur *ad hoc* le droit d'intenter l'action en nullité. Ici se présente l'autre face de cette controverse ; demandons-nous si le droit de provoquer la nullité du mariage n'appartient pas au moins à l'enfant naturel lui-même.

L'affirmative est très séduisante. Valette, qui l'enseigne (1), se fonde sur les termes mêmes de l'article 159 : « L'enfant naturel.... *ne pourra* se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc*. » Ce qui semble bien indiquer que dans le cas où le consentement n'aurait pas été obtenu, le ma-

(1) T. I. p. 434, note *a*, 1.

riage sera annulable. Demolombe ne trouve pas ce moyen assez concluant, car il n'admet pas que cette formule soit nécessairement irritante. Ce dernier auteur qui se sent, dit-il, très porté vers l'affirmative (1), aime mieux invoquer l'article 182 lui-même, qui ne paraît viser que le cas de l'enfant légitime et soutenir que, d'après l'économie générale de notre titre, particulièrement des chapitres I et II, cet article 182 se réfère à l'article 159 comme à l'article 160, lorsqu'il déclare annulable le mariage contracté sans le consentement *du conseil de famille*. On fait aussi valoir l'argument *a pari* tiré des articles 184 et 185, qui permettent à l'époux impubère ou bigame de demander lui-même la nullité de son propre mariage. Enfin, on s'appuie surtout sur de puissantes considérations de fait et d'équité. Pourquoi, dit-on, l'enfant naturel serait-il moins efficacement protégé que l'enfant légitime ? N'a-t-il pas besoin, plus que tout autre, que la loi tende à sa faiblesse une main tutélaire ? Pourquoi repousser son repentir, s'il reconnaît qu'emporté par les ardeurs de la passion il a contracté une union qui le déshonore ou qui ferait le malheur de sa vie ? Enfin, pourquoi vouloir faire d'une heure d'égarement un malheur irréparable ?

Tout cela peut paraître fort triste, sans doute ; mais la loi nous semble trop formelle dans le sens de la négative que nous embrassons pour les raisons suivantes. On peut répondre à l'argumentation de Demolombe que l'assimilation qu'il veut établir entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, au point de vue du conseil de famille, n'est pas soutenable puisque l'enfant naturel n'a pas de conseil de famille. Nous entendons bien que l'adversaire nous oppose l'article 409 où il est question de cette réunion d'amis ou d'étrangers, que le juge de paix compose, qui remplit l'office d'un conseil de famille et qui en porte le nom. Mais, alors même qu'il faudrait, par une extension qui resterait un peu forcée, attribuer à l'assemblée d'étrangers qui s'oc-

(1) N° 278.

cupe des intérêts d'un enfant naturel encore mineur le nom et surtout les prérogatives d'un véritable conseil de famille, il serait toujours vrai de dire qu'il y a entre le cas du mineur légitime et celui du mineur naturel cette différence importante et décisive pour la solution de la présente controverse : c'est que l'enfant légitime mineur est autorisé directement par le conseil de famille, tandis que le mineur, enfant naturel, ne reçoit cette autorisation que médiatement du conseil de famille qui doit déléguer un tuteur *ad hoc*. Nous voulons bien que ce tuteur *ad hoc* ne soit lui-même que le représentant du conseil de famille qui le nomme, mais il n'en est pas moins certain que le Code ayant réglé diversement — nous avons déjà dit ne pas trop savoir pourquoi — des situations qui paraissent identiques, il est assez naturel de prétendre que les solutions de la première espèce ne sont pas nécessairement les solutions de la seconde. Demolombe cite comme favorable à son opinion ce fait que le Tribunat ayant proposé l'addition des mots *du tuteur ou du curateur*, à la suite de ceux-ci de l'article 182 *des ascendants ou du conseil de famille*, et cette addition n'ayant pas été adoptée : « il » n'est pas supposable, malgré cela, qu'on ait voulu laisser sans » protection, dans une circonstance aussi grave, l'enfant naturel mineur, la jeune fille de 15 ou 16 ans peut-être engagée » par séduction dans le plus malheureux mariage. » Nous trouvons pour notre part, dans cet incident de discussion, une raison de plus de défendre la négative. En effet, l'attention du législateur a été attirée sur ce point, les membres du Tribunat n'ont pas manqué de faire valoir les motifs que suggère Demolombe ; et cependant les mots qui consacreraient clairement et définitivement la thèse du savant auteur n'ont pas été insérés dans la loi. Le commentateur a-t-il le droit, en présence d'une omission aussi formelle du législateur, de dire que le cas écarté est encore renfermé dans le texte qui a été maintenu ? Nous ne le croyons pas. Reste donc le silence de l'article 182, silence significatif, après les tentatives faites pour le rompre ; or l'ar-

ticle 182 qui nomme le conseil de famille ne nomme pas le tuteur *ad hoc*. Reste surtout le grand principe que les nullités ne se suppléent pas, et qu'il faut un texte précis et exprès pour les établir. Ce texte, nous ne l'avons pas ; donc, l'enfant naturel lui-même ne peut invoquer la nullité pour défaut de consentement (1).

(1) Demolombe, après Marcadé, pour combattre la négative, accumule certaines conséquences bizarres qui en résulteraient ; « C'est ainsi, dit-il, » qu'il faudrait, par exemple, d'une part affranchir de toute peine l'officier » de l'état civil qui aurait célébré le mariage d'un enfant naturel mineur de » vingt et un ans sans exiger le consentement d'un tuteur *ad hoc*, et, d'au- » tre part, condamner à l'amende et à l'emprisonnement l'officier de l'é- » tat civil, qui n'aurait pas exigé d'un enfant naturel majeur de vingt-cinq » ans, la représentation des actes respectueux qu'il devait faire à ses pa- » rents ! Inconséquence évidente, mais nécessaire, si les mots : *famille et* » *conseil de famille* ne comprennent pas le tuteur *ad hoc*. Car, d'une part, » l'article 156 ne se servant que de ces mots, ne s'appliquerait pas au tu- » teur *ad hoc*, tandis que, d'autre part, l'article 157 comprend certainement » tous les cas où des actes respectueux doivent être faits, même par des » enfants naturels.» (Demolombe n° 278). Nous n'avons aucune peine à convenir que ce sont là des anomalies, dont la constatation prouve que le législateur n'a peut-être pas vu toutes les conséquences de sa décision. Mais cela ne suffit pas pour faire accepter une solution que le législateur parait avoir formellement écartée, pas plus qu'il n'est permis de tirer parti de l'incohérence de certaines conséquences éloignées d'un texte pour remonter par une sorte d'induction jusqu'à la création d'une nullité que la loi n'a pas inscrite dans le Code.

ARTICLE III

FINS DE NON-RECEVOIR

SOMMAIRE. — A. Fins de non-recevoir opposables aux ascendants. — B. Fins de non-recevoir opposables aux époux eux-mêmes. — C'est une nullité relative qui a été consacrée par le Code. — Le mariage ne devient-il pas conditionnel ?

La dignité et la sécurité du mariage exigeaient que l'action en nullité, pour défaut de consentement de la famille, fût enfermée dans de sages limites. C'est ce qu'a parfaitement compris la loi, en consacrant l'existence de certaines fins de non-recevoir qui sont opposables aux demandeurs en nullité. Les unes sont opposables aux personnes dont le consentement était requis ; les autres aux époux eux-mêmes. Examinons-les séparément.

A. — *Fins de non-recevoir opposables aux ascendants.*

Elles sont au nombre de trois : 1° ratification expresse ; 2° ratification tacite ; 3° laps de temps d'une année écoulée sans réclamation ; mais elles pourraient se résumer toutes les trois en une seule : *ratification*. Le silence des parents pendant une année après qu'ils ont eu connaissance du mariage de leur enfant est, en effet, une sorte de ratification tacite. Ces différents cas sont prévus par l'article 183.

1° *Ratification expresse.*

La ratification expresse n'est soumise, en principe, à aucune

forme spéciale. Il paraît évident à la presque unanimité des auteurs qu'on n'a pas à s'occuper des formalités exigées par l'article 1338. En effet, l'article 1338 parle bien des obligations en général, mais non pas d'une façon spéciale du mariage qui a ses règles particulières : *specialia generalibus derogant.* De plus les considérations de fait ont, en pareil cas, une grande influence ; or la loi voit avec une grande faveur la validité du mariage. Il en est ainsi surtout lorsqu'il s'agit de nullités relativement peu graves, et que les personnes dont l'autorité avait été méconnue se déclarent satisfaites.

2° *Ratification tacite.*

Quand pourra-t-on dire qu'il y a eu ratification tacite de la part des parents ? Ce sera là une question de fait laissée à l'appréciation des juges. La présence à la célébration civile ou religieuse des parents dont le consentement était nécessaire n'impliquera pas toujours une approbation du mariage ; souvent, en effet, elle est commandée par les convenances et les nécessités sociales. Peut-être en serait-il autrement de l'acceptation ultérieure des fonctions de parrain ; dans ce dernier cas, nous avons un fait actif, dans le premier un fait simplement passif ; ici un acte qui ne peut être une simple complaisance, là un acte presque obligatoire (1). Du reste, nous ne citons ces espèces qu'à titre d'exemple, car on ne saurait donner à cet égard aucune règle générale. Les tribunaux auront mission d'apprécier, dans chaque affaire, les différentes circonstances de la cause et ils ne devront juger que d'après leur ensemble.

3° *Laps de temps d'une année écoulée sans réclamation de la part des ascendants.*

Il faut, pour que cette prescription puisse être invoquée, que les parents aient eu connaissance du mariage. Quelque long

(1) Pothier, n° 446.

que soit le délai qui s'écoule entre le jour de la célébration du mariage et l'époque où cette célébration a été connue des parents, lors même, ce qui n'est pas absolument impossible, que cet espace de temps serait de 50 ou de 60 ans, les ascendants n'ont pas à craindre de se voir opposer une sorte de prescription qui aurait anéanti leur droit de demander la nullité du mariage contracté par des descendants, en état de minorité bien entendu et sans leur consentement (1). Cette conséquence rigoureuse et qui peut, au premier abord, paraître extraordinaire, ressort incontestablement du texte, aussi bien d'ailleurs, si nous ne nous trompons, que de ce principe supérieur en vertu duquel l'état des personnes, dans lequel peuvent rentrer certains droits de famille, ne saurait être atteint par la prescription.

Ce qu'il est important de remarquer, c'est que les ascendants n'ont qu'un délai d'un an, à partir du jour où ils ont eu connaissance du mariage, pour intenter l'action en nullité. Rien ne peut empêcher l'exercice de leur droit, rien ne peut non plus rendre douteuse l'issue de leur intervention. Le juge devra annuler ou mieux déclarer nul *ab initio*, aux termes du Code, l'union contractée par un mineur au mépris de la puissance paternelle. Sous l'empire de la législation actuelle, le tribunal n'a plus cette sage latitude que lui accordait l'ancien Droit, pour suppléer, au nom de la puissance publique, au défaut parfois déraisonnable du consentement paternel. Ainsi des époux mariés en minorité, depuis 40 ou 50 ans (encore une fois l'hypothèse n'est pas irréalisable), peuvent voir leur union brisée, la bâtardise des enfants proclamée au cas de mauvaise foi de leur part, si le père ou la mère dont le consentement n'a pas été requis, invoquant l'article 183, viennent demander la nullité de ce mariage, après avoir établi qu'ils en ont eu con-

(1) On a vu un mariage annulé sur la demande d'un ascendant, vingt-trois années après la célébration. Affaire Summaripa. Cass., 14 avril 1817, S. 1817, 1, 232.

naissance depuis moins d'un an. Souvent du reste, on saura difficilement d'une façon certaine à quelle époque remonte cette connaissance; ce point, comme toutes les questions de fait, sera soumis à l'appréciation souveraine des tribunaux. Mais il n'en est pas moins vrai qu'un concours de circonstances peut rendre possible et par conséquent admissible, après un grand nombre d'années, une demande d'annulation du mariage (1).

Ici se pose une question aussi intéressante que controversée. Le mariage n'a été ratifié ni expressément, ni tacitement; l'enfant vient à mourir, alors qu'un an ne s'est pas encore écoulé depuis que les ascendants ou le conseil de famille en ont eu connaissance : pourront-ils encore demander la nullité du mariage?

Trois opinions sont en présence. Suivant Delvincourt (2) et même aussi suivant Zachariæ et ses savants annotateurs, Aubry et Rau, la mort de l'époux, arrivée avant l'expiration du délai d'un an, n'éteindrait l'action ni à l'égard des ascendants, ni à l'égard du conseil de famille. Si l'on s'en tient au texte de l'article 183, il semble que l'hésitation n'est pas possible. En effet, cet article ne distingue pas, il pose une règle générale et n'y fait pas exception dans l'espèce précitée. Aussi, pour les ascendants, comme aucun autre principe ne s'oppose à l'application de la règle de l'article 183, nous croyons qu'il est impossible de leur refuser l'action en nullité, si long que soit le temps écoulé depuis la célébration du mariage. Ces mêmes auteurs — encore bien que l'article 183 ne parle expressément que des *parents* — étendent l'exercice de ce droit au conseil de famille lui-même, en vertu du principe général qui assimile, en

(1) Cette circonstance du délai d'un an, après lequel les ascendants ne peuvent plus demander la nullité du mariage de leurs descendants, quand ils en ont eu connaissance, a été souvent invoquée devant les tribunaux, notamment dans une affaire célèbre, l'affaire Bonaparte-Patterson, qui fut plaidée en 1861 devant la Cour de Paris.

(2) T. IV, § 462, note 55.

cette matière, le conseil de famille aux ascendants, et qui est précisément appliqué dans l'article 182, lequel met sur la même ligne *le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille.* D'ailleurs, ajoute-t-on, le conseil de famille est tout naturellement compris dans le mot *parents*, puisqu'il doit être composé de parents ou d'amis qui en tiennent lieu.

Une seconde opinion, qui compte des défenseurs nombreux et autorisés (1), fait une distinction. Elle maintient l'action au profit des ascendants, mais la déclare éteinte à l'égard du conseil de famille. Qu'est-ce en effet que le conseil de famille ? Ce n'est pas une assemblée permanente dont les pouvoirs aient une durée indéfinie. Organisée pour veiller sur le mineur, défendre ses intérêts, sa puissance et ses droits expirent nécessairement lorsque disparait la personne qu'il avait mission de protéger ; or, lorsque l'enfant arrive à sa majorité, il n'y a plus de mineur; lorsqu'il meurt (cela est naïf à force d'être vrai), il n'y en a pas davantage. Par conséquent, au jour de la majorité, au jour du décès de l'enfant, l'être moral appelé conseil de famille disparait ; il ne reste plus que des parents plus ou moins rapprochés, des collatéraux, et nous savons qu'à chacun, pris individuellement, la loi refuse le droit d'intenter l'action en nullité. En vain dirait-on qu'il en est de même des ascendants. Non pas, car après la mort ou la majorité de l'enfant, il y a encore des ascendants ; c'est une qualité indélébile qu'aucun événement ne peut leur faire perdre. Chacun d'eux conserve donc le droit qu'il tient de l'article 183. Rien de plus sage, d'ailleurs, que cette distinction entre les ascendants et le conseil de famille. L'enfant une fois mort, le conseil de famille, si tant est qu'il existe encore, n'aurait pour demander l'annulation du mariage qu'un intérêt moral. Celui des ascendants, au contraire, sera double : intérêt moral de premier ordre

(1) Duranton, T. II, nº 298 et nº 293. — Toullier, T. I, nº 613. — Valette, *Explicat. somm. du liv. I du Code Nap.*, pp. 110, 111. — Demante, T. I, nº 265 bis, I.

d'abord ; intérêt pécuniaire ensuite, le mariage contracté malgré eux pouvant leur créer de nouvelles charges que le décès de leur enfant viendrait encore aggraver.

Enfin, une troisième opinion prend le contre-pied absolu de la première. Elle a pour défenseur unique, croyons-nous, Demolombe, qui appelle logique l'opinion qui déclarerait l'action en nullité éteinte toutes les fois que l'autorité qui avait le droit de l'exercer viendrait elle-même à s'éteindre (1). Or, pour le savant auteur, il n'est pas exact de dire qu'après la mort de l'enfant subsiste encore l'autorité de l'ascendant en tant qu'elle s'exercerait sur la validité ou la nullité d'un mariage qui n'existe plus, un des époux étant mort. L'ascendant vit toujours, mais l'autorité qui lui conférait le droit de consentir ou de s'opposer au mariage a vécu. Il est encore plus impossible de prolonger au delà de la vie de l'époux l'autorité du conseil de famille, qui a même cessé d'exister du jour de la majorité de l'enfant : *prius est esse...*

Il est assez difficile de prendre parti entre ces trois systèmes défendus par de telles autorités. Cependant nous serions porté à croire que le premier système est le meilleur : d'abord, parce qu'il a pour lui un texte clair et précis, celui de l'article 183, qui ne renferme ni restriction ni distinction ; ensuite, parce qu'il nous paraît plus en harmonie avec la tendance générale du Code d'organiser aussi fortement que possible la puissance paternelle.

B. — Fins de non-recevoir opposables aux époux eux-mêmes.

Les fins de non-recevoir opposables aux époux eux-mêmes sont au nombre de deux :

1° La ratification expresse ou tacite des ascendants ou du conseil de famille. Ajoutons, pour dissiper toute équivoque,

(1) *Traité du mariage*, n° 282.

que le silence gardé par les ascendants ou le conseil de famille pendant l'année qui suit le jour où ils ont eu connaissance du mariage équivalant à une ratification tacite, l'enfant ne pourrait prétendre que ce dernier mode de ratification, résultant d'une sorte de prescription légale du droit des parents, ne lui est pas opposable comme les deux premiers. L'action de l'enfant est donc subordonnée à celle des ascendants ; nous verrons bientôt que la réciproque n'est pas exacte. Cette règle est fort sage : il serait étrange, en effet, que l'enfant pût continuer à se prévaloir de la faute qu'il a commise, alors que ceux dont l'autorité a été méconnue jugent à propos de la pardonner ; ce serait, de sa part, afficher un nouveau mépris de la puissance paternelle, ajouter une nouvelle révolte à la première, et montrer une fois de plus qu'il ne tient aucun compte de ses décisions.

2° La ratification de l'époux lui-même. Cette ratification de l'époux donne lieu à deux questions : à quel âge cette ratification peut être faite ; comment elle peut être donnée.

L'article 183 répond à la première question : *lorsqu'il aura atteint l'âge compétent pour consentir lui-même au mariage.* En effet, tant qu'il n'a pas atteint cet âge, il est aussi incapable de confirmer ensuite son mariage sans le consentement de ses ascendants ou de sa famille qu'il l'a été d'abord de le contracter. C'est l'application du principe général contenu dans l'article 1311, aux termes duquel *le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié* EN MAJORITÉ.... Cet âge compétent est vingt et un ans pour les filles et vingt-cinq ans pour les garçons.

Quelques auteurs ont cependant prétendu que la règle de l'article 148 n'était pas applicable ici, et que, même pour les garçons, l'âge compétent était toujours vingt et un ans (1). Le texte des articles 182 et 183 nous paraît résister énergiquement

(1) Dans ce sens, Delvincourt, Toullier et Duvergier.

à cette opinion. L'article 182 porte, en effet, que *le mariage contracté sans le consentement des père, mère, etc.*, DANS LE CAS OÙ LE CONSENTEMENT *était nécessaire, peut être attaqué.... par celui des deux époux qui* AVAIT BESOIN DE CE CONSENTEMENT. Or, en vertu de l'article 148, *le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans ne peut contracter mariage sans le consentement de ses ascendants*. Le consentement de ceux-ci lui est donc nécessaire, et par conséquent l'article 182 est applicable ; la nullité peut être invoquée. L'article 183 n'est pas moins formel ; il déclare que la fin de non-recevoir est opposable à celui des deux époux qui a laissé écouler *une année* sans réclamer « *depuis qu'il a atteint l'âge* COMPÉTENT *pour consentir* PAR LUI-MÊME *au mariage* » ; PAR LUI-MÊME, c'est-à-dire *seul*, et sans qu'il ait besoin d'aucun ascendant ; ce qui n'a lieu pour les garçons que lorsqu'ils ont plus de vingt-cinq ans. Donc le Code n'a pas voulu faire de l'article 148 une lettre morte : il lui a donné dans les articles 182 et 183 une sanction et une sanction efficace, en permettant à l'époux mineur de demander la nullité de son mariage. Ne serait-il pas étrange, en laissant de côté les autres arguments, que le législateur ait tout à coup abandonné une distinction établie par lui quelques articles plus haut ? Il faudrait un texte bien formel pour admettre que les rédacteurs du Code ont commis une pareille inconséquence.

Toutefois, il faut bien se garder de trop généraliser cette doctrine. Si, par exemple, un fils de 21 ans vient à perdre tous ses ascendants à 22 ans, le silence gardé par lui pendant une année entière, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de 23 ans, équivaudra à une ratification de sa part. Mais il en serait autrement dans le cas où l'enfant ayant encore, lors de son mariage, son père et un aïeul, perd seulement son père. Cet événement éteindra l'action du père, et nous avons décidé précédemment que, selon nous, cette action ne passera pas à l'aïeul. Cependant, comme l'époux est encore soumis pour le mariage à la puissance paternelle de l'ascendant survivant, il ne pourra pas, si celui-ci

continue à vivre, donner une ratification avant 25 ans, et c'est seulement à partir de cet âge que commencera à courir le délai de l'article 183 *in fine*. Demolombe (1) maintient cette dernière solution contre Valette, tout en regrettant que la loi n'ait pas, par dérogation aux principes, accordé à l'ascendant dans ce cas particulier le droit de ratification (2).

Comment la ratification peut-elle être donnée ? Comment l'époux lui-même peut-il renoncer à son action en nullité ? Cette ratification résulte d'abord — aucun doute ne saurait s'élever sur ce point en présence du texte de l'article 183 — du silence gardé par celui des deux époux qui avait besoin du consentement de ses parents ; le délai fixé par la loi est d'un an, à partir de l'époque où il a atteint l'âge compétent. Mais la ratification tacite ne résultera-t-elle jamais d'aucune autre circonstance? Ne pourrait-il pas se présenter tels ou tels cas dans lesquels on verrait une approbation tellement formelle que l'action en nullité ne serait plus dès lors recevable ? Que si, par exemple, les époux avaient cohabité ensemble pendant 10 mois, pourront-ils, nonobstant cette longue cohabitation, venir encore solliciter l'annulation de leur mariage ? A première vue, la négative est bien séduisante ; aussi a-t-elle été adoptée par plusieurs auteurs d'un grand poids (3). Néanmoins, si spécieux que soient les arguments qu'elle invoque, nous ne croyons pas devoir l'adopter. Les articles 1311 et 1338-2° qu'on nous oppose régissent, il est vrai, les obligations en général : or, comme le mariage n'est qu'un contrat et le plus solennel de tous, il semblerait que

(1) *Traité du mariage* n° 285.

(2) Après avoir posé cette solution qu'il déplore, Demolombe se demande s'il ne serait pas possible de célébrer de nouveau le mariage devant l'officier de l'état civil, avec le consentement de l'aïeul. Question fort intéressante dont nous omettons le détail pour abréger cette discussion, mais que nous serions plutôt disposé, contrairement aux conclusions de l'éminent jurisconsulte, à résoudre par la négative, à cause du caractère du mariage annulable et du principe contenu dans l'article 147, V. n° 286.

(3) Delvincourt, T. I, p. 74, note 6 — Toullier, T. I, n° 616. — Vazeille, T. I, n° 271.— Aubry et Rau sur Zachariæ, T. IV, § 462, p. 71, note 61.

les principes d'ailleurs équitables de nos deux articles dussent également lui être appliqués. Mais, précisément à cause de la haute gravité de cet acte et aussi à cause des entraînements mille fois plus à craindre encore dans notre hypothèse que dans les cas ordinaires, la loi a organisé des règles spéciales pour la ratification ou la confirmation en matière de mariage ; elle a imposé des conditions plus rigoureuses ou plus favorables, suivant le point de vue auquel on se place. La cohabitation des époux pendant dix mois remplit bien, il est vrai, les conditions de l'article 1338-2°, c'est une exécution volontaire, et une exécution volontaire aussi complète que possible ; mais l'article 183, spécial à la matière du mariage, ne s'en contente pas, il ne parle pas de la cohabitation, et par conséquent ne l'exige pas. Ce qu'il veut, c'est un silence prolongé pendant un an, même sans cohabitation ; et tant que ce laps de temps n'est pas écoulé, il déclare l'action recevable. Or *specialia generalibus derogant*.

Le texte de l'article 183 nous paraît trop formel pour pouvoir donner une décision contraire : *Dura lex, sed lex*. Bornons-nous donc à faire des vœux pour qu'on réforme la loi sur ce point, comme sur plusieurs autres qui touchent à cette même matière du consentement des parents au mariage de leurs enfants.

La ratification tacite est-elle la seule que la loi mette à la disposition des époux eux-mêmes ? L'époux ne pourrait-il pas avoir renoncé à son action par une ratification expresse ? Pour notre part, nous ne le croyons pas. D'abord, le silence des textes permet d'induire la négative sans trop de témérité. De plus, on ne saurait nous opposer la ratification expresse possible de la part de l'ascendant. N'est-il pas tout naturel que ce dernier à qui l'offense a été faite jouisse d'une prérogative que n'aura pas l'enfant coupable de l'offense ? Le principe général que la ratification expresse est possible toutes les fois que peut se produire une ratification tacite ne nous paraît pas devoir

prévaloir contre la volonté du Code, d'imposer à l'époux le délai d'un an après sa majorité pour prendre lui-même un parti.

Il nous reste à faire une dernière observation dont l'importance est capitale. A elle seule, la ratification des ascendants couvre l'action en nullité d'une façon absolue, c'est-à-dire vis-à-vis des ascendants eux-mêmes qui ont par là renoncé à leur droit, et vis-à-vis de l'époux coupable dont la faute se trouve ainsi effacée par le pardon de la famille. L'article 183 le dit expressément dans la première partie : *l'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont e consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage..*

En sera-t-il de même de la ratification faite par les époux ? On enseigne généralement que la ratification de l'époux n'a d'effet que contre lui-même, et ne prive pas les ascendants de leur action en nullité (1). Cette différence résulte clairement de la seconde partie de l'article 183, qui n'a pas la même extension que la première partie : *elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.* Donc, *a contrario*, cette action qui ne peut plus être intentée *par l'enfant lui-même*, peut l'être par les autres personnes auxquelles la loi accorde l'action en nullité, c'est-à-dire par les ascendants : *qui negat de uno dicit de altero.* A cette raison de texte s'ajoute un argument qui nous paraît dicté par le bon sens et par la logique. Que deviendrait en effet le droit de l'ascendant, si la ratification du fils, même faite en

(1) *Ita.* Duranton, T. II, n° 229. — Toullier, T. I, n° 618.— Delvincourt, T. I, p. 74. — Vazeille, T. I, n° 264. — Demante, T. I, n° 222. — Allemand, T. I, n° 594.

majorité, était capable d'en empêcher absolument l'application ? Peut-il dépendre d'un fils, même majeur, de priver un ascendant de l'exercice d'une prérogative qui lui est reconnue pour l'aider à sauvegarder la dignité de la puissance paternelle gravement offensée par la révolte de ce fils ?

La nullité édictée par les articles 182 et 183 est une nullité relative. Son caractère a été établi nettement dans la discussion qui se produisit au Conseil d'État (1) et il a été éloquemment mis en lumière dans la suite par Berryer (2). Nous voyons d'ailleurs limiter le nombre des personnes aux mains desquelles est mise l'action et une ratification expresse ou tacite rester possible : cela est concluant.

Ce jeu même limité de l'action nous choque en raison des considérations que nous avons exposées au cours de cette étude. Qui dit nullité, sous-entend un vice, et nous ne voyons pas comment la logique peut être froissée, comment le droit naturel se trouvera violé.

Bien plus le mariage répugne à toute condition apposée. Cependant un mineur (3) se marie-t-il sans le consentement de sa famille ? Un événement futur et incertain, qui est la ratification émanée de lui-même ou de l'ascendant, tiendra en suspens l'existence de l'union contractée. Nous aurions ici une quasi-application des articles 1168 et suivants. Conditions potestative, suspensive, résolutoire. Comme ces mots sonnent étrangement ici !

En effet, sans insister plus qu'il ne convient sur l'application de ces articles, ne peut-on pas dire qu'il y a de la part de l'époux une condition potestative puisqu'il peut *à son gré* ratifier ou faire tomber son mariage dans l'année qui suivra sa majorité matrimoniale ?

(1) Locré, T. IV, pp. 375 et s.
(2) Affaire Bonaparte-Patterson, *Plaidoyers de Berryer*, T. III, p. 458.
(3) Nous parlons de la minorité matrimoniale, on le comprend.

Et cette action en nullité que la loi accorde à l'ascendant ne serait-elle point, si elle est exercée, cet événement futur et incertain qui constitue la condition ?

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

CONCLUSION

Pour être complet, nous aurions maintenant à interroger les législations étrangères. Elles nous répondraient par la bouche de l'éminent maître Glasson (1) et par celle d'un savant américain (2) que presque partout on a su éviter les exagérations de notre Code. Car ou le mariage religieux est reconnu — et nous en savons la réglementation — ou la loi civile parle, mais c'est pour accorder au fils de famille des moyens plus ou moins directs de triompher d'une résistance parfois aveugle.

Ainsi le système de notre Code sur la nécessité du consentement des parents ne paraît pas avoir fait école, puisque nulle part on ne le voit reproduit sans certaines atténuations. A la lumière de ces divergences et sous le bénéfice de ce qui a été dit précédemment, nous serions tenté d'inviter le législateur français à revenir plus ou moins à un autre système.

La solution de la présente controverse serait-elle dans un retour à l'Édit de Henri II de 1556, ce monument législatif d'un autre âge, qui punissait le mariage contracté par le mineur sans le consentement de sa famille, mais qui en reconnaissait la validité. Nous n'osons le dire, pour ménager la juste susceptibilité de notre siècle de progrès. Ce qui est incontestable, c'est que nous avons constamment cherché, dans ce modeste

(1) *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*. Paris, 1879, IVe partie. Aperçu général des législations étrangères.

(2) Étude de législation comparée et de Droit international sur le mariage. *Revue de Droit international de Gand*, 1870, T. II, p. 53. Lawrence.

travail, à concilier les justes droits de l'autorité du père avec les non moins légitimes exigences de la liberté de l'enfant. Il se trouverait dès lors que nous avons traité, relativement à une question d'ordre privé, puisqu'il s'agit de la famille, le grand, nous allions dire l'unique problème qui agite les sociétés humaines : celui de l'accord de l'autorité et de la liberté.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

DROIT NATUREL.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT ROMAIN.

LIVRE DEUXIÈME

Canons controversés.

LIVRE TROISIÈME

Ordonnance de Henri II, du mois de février 1556.

LIVRE QUATRIÈME

Le Concile de Trente et le mariage des enfants de famille.

LIVRE CINQUIÈME

Examen théorique du rapt de séduction.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, St-Dizier (Hte-Marne), 30, Passage Verdeau, Paris.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE MARIAGE CIVIL

SA FORMATION, SES EFFETS, SA DISSOLUTION

ÉTUDE CRITIQUE DE L'IDÉE DE CONTRAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 14 décembre 1904, à 1 heure

PAR

ROGER VANHEMS

Président : M. CHÉNON.

Suffragants : MM. LEFEBVRE, PLANIOL, *professeurs.*

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, Rue Soufflot, et Rue Toullier, 13 (5e)

1904

LE MARIAGE CIVIL

SA FORMATION, SES EFFETS, SA DISSOLUTION

ÉTUDE CRITIQUE DE L'IDÉE DE CONTRAT

INTRODUCTION

Présenter du mariage une étude juridique, abstraction faite des autres côtés de la question, tel fut le but primitif de ce travail. Maïs les premières recherches suffirent à démontrer que, en procédant ainsi, l'œuvre serait des plus incomplètes, et que, pour mener à bien semblable entreprise, il fallait faire de nombreuses incursions en des terrains divers. De là, la conclusion suivante : lorsqu'on aborde la question du mariage, il faut ne faire abstraction d'aucun de ses caractères et le présenter sous son triple aspect : naturel, religieux, civil.

Néanmoins, cette étude conservera le caractère juridique sous lequel elle fut conçue, et s'il est des considérations d'ordre différent qui se font suite, s'enchaînent et s'entremêlent dans le cours de ce travail, il faut en rendre responsable la nature du sujet qui interdit

toute spécialisation trop étroite, source de confusions en semblable matière.

Ce qui va être traité est donc le mariage civil. Ce qui va être recherché, c'est comment une bonne législation doit, pour donner satisfaction aux divers éléments du mariage, considérer et réglementer l'union matrimoniale. Pour cela, on doit avant tout se demander quel est à cet égard l'état de notre législation, comment le Code civil français conçoit le mariage.

La réponse à cette question ne peut pas être donnée *a priori* et il est bon, pour la marche de la discussion, d'en réserver l'examen. Pour le moment sera seule en cause l'affirmation suivante : le mariage est un contrat. C'est là un point qui paraît acquis et dont l'évolution semble complète. Nous l'admettons pour le discuter.

Mais si, en droit, cette conception peut être donnée comme unique, il n'en est pas moins vrai que, à côté de ce mariage légal, existe en fait une union qui, par la majorité des Français, est considérée comme seule valable quant au lien. C'est le mariage religieux, principalement le mariage catholique, le sacrement.

Les lois civiles françaises elles-mêmes (art. 199-200, C. pén.) s'en occupent. Il faut donc en parler. A cela, il y a un double intérêt : intérêt législatif et pratique, intérêt historique. Notre intention n'est pas cependant de refaire d'une manière détaillée ni même spéciale l'historique de la question. Il nous semble suffisant pour arriver au résultat désiré de poser les deux systèmes en

contradiction, et d'examiner si l'idée de contrat répond à la nature des choses, tout en nous basant en tant que de besoin sur les données fournies par l'histoire et la raison.

En conséquence, le plan de ce travail sera le suivant :

Exposé des deux doctrines canonique et civile:

Examen de la doctrine civile et recherche juridique destinée à mettre en relief la réponse à la question suivante qui forme le fonds de cette thèse : le mariage possède-t-il les éléments suffisants pour être rangé au nombre des contrats. Cette recherche sera divisée en trois parties distinctes : formation, effets, dissolution du mariage.

Après quelques mots sur les législations étrangères, sera présenté un essai, conformément aux dispositions du Code, d'une théorie du mariage civil. avec mention des changements qui pourraient être désirables, sinon utiles ou nécessaires.

CHAPITRE PREMIER

LES DEUX DOCTRINES.

SECTION I. — **Théorie du mariage d'après la législation canonique.**

1. — S'il fallait d'un mot unique caractériser l'institution catholique du mariage, nous dirions sans hésiter : le mariage est un sacrement. Mais, vraie en soi, cette assertion est incomplète, et l'adopter purement et simplement serait s'exposer à tomber dans des confusions trop souvent commises.

Oui, le mariage est un sacrement, mais il faut se garder de n'y voir que l'idée religieuse. Lorsque l'Eglise s'est, à titre de législatrice, occupée du mariage, elle ne s'est pas renfermée dans ses attributions purement spirituelles. Société ecclésiastique, sociale pourrait-on dire (1), en même temps que religieuse, elle a envisagé la question sous tous ses aspects. Et, lorsque la société civile, l'Etat, en lutte contre l'Eglise, viendra réclamer sa part dans cette réglementation matrimoniale, elle refusera énergiquement de la laisser empiéter sur son domaine propre, mais par contre elle reconnaîtra son inter-

(1) F. Laferrière, avocat à la Cour royale, Paris, MDCCCXXXVI, *Histoire du droit français*, t. I, p. 219.

vention dans les limites qui respecteront son autorité. Il faut, en effet, s'abstenir de rattacher à l'idée purement spirituelle toutes les décisions que l'Eglise a soutenues en matière de mariage. En réglementant le mariage élevé par Jésus-Christ à la dignité de sacrement, elle a considéré l'institution naturelle établie par Dieu à la création de l'homme.

Après ce que nous venons d'avancer, la première question qui s'impose à l'examen est la suivante : Quel est dans le sacrement le domaine respectif de l'idée religieuse et du simple mariage naturel ? Bien difficile à délimiter ce domaine et d'aucuns pourraient même dire que cela est impossible. Pourtant il existe, nous ne dirons pas nettement défini, mais il existe. Et s'il en est qui ne l'aperçoivent pas, c'est que la base est unique. D'une part, il n'y a pas deux mariages : l'un religieux et l'autre naturel ; il n'y en a qu'un qui possède à la fois, sinon d'une manière toujours concomitante ces deux caractères. D'autre part, il n'y a pas deux pouvoirs distincts, au point de vue qui nous occupe, pour chacune des deux faces de l'institution mais un seul : l'Eglise. Néanmoins, s'il est possible de considérer le mariage sous le seul côté naturel dans certains cas déterminés que nous indiquerons au fur et à mesure qu'ils se présenteront, il n'en est pas moins vrai que c'est ce mariage naturel lui-même qui est sacrement et que, en principe, il est impossible de séparer ces deux parties identifiées d'un même tout. « Le sacrement n'est

pas une sorte d'accessoire surajouté pour ainsi dire au mariage, mais le mariage lui-même tel qu'il existait dès le Paradis terrestre et au temps des patriarches (1) ». « de sorte qu'il ne peut y avoir parmi les fidèles de mariage qu'il n'y ait en même temps un sacrement (2). » Ceux qui se marient ne font donc pas deux choses : s'unir et recevoir un sacrement ; ils reçoivent le sacrement en s'unissant. De sorte que la distinction notée précédemment n'est que subsidiaire et que, au point de vue de la formation du mariage, on ne peut dire quand il y a mariage valable sans examiner les conditions d'existence du sacrement considéré sous son aspect religieux. Et c'est ainsi que s'affirme le droit pour l'Eglise de dire quand il y a mariage valable tout en indiquant comment s'administre le sacrement. Nous abordons directement ainsi l'étude de la formation du mariage canonique, c'est-à-dire du mariage tel qu'il exista en France pendant plusieurs siècles.

2. — La législation canonique ne s'est pas formée spontanément et sans recherches. Elle a cela de commun avec toutes les législations. Et, pour baser sur elle une discussion, on ne peut que s'en tenir aux lignes principales et l'embrasser d'une manière générale. Si

(1) *Le mariage chrétien et le Code Napoléon*, par le P. Ch. Daniel de la Compagnie de Jésus, 1870. p. 100. — Dans le même sens : *Etude sur les origines et la nature du mariage civil mis en regard de la doctrine catholique*, Paris, 1890, Paoli, p. 57.

(2) P. Daniel *op. cit.*, p. 189. Allocution *Acerbissimum*, Pie IX, 27 septembre 1857.

nous faisions œuvre d'histoire, notre travail devrait mettre en présence les théories contradictoires émises par les canonistes, mais, cela a déjà été dit, nous nous en référons aux principes consacrés par la législation. Nous pouvons donc aller rapidement. Quatre éléments entrent dans la formation du système. Ce sont le consentement des époux, la *copula carnalis*, les fiançailles et la bénédiction nuptiale (1). Mais ces éléments eurent dans la formation du système un rôle différent et plus ou moins important. C'est ainsi que la bénédiction nuptiale, d'abord considérée par quelques canonistes comme indispensable à l'administration du sacrement, comme étant un des éléments nécessaires à la validité du sacrement, fut d'une manière définitive reconnue comme simple bénédiction postérieure recommandée aux fidèles, mais non indispensable pour la légitimité de leur union (2). De leur côté, les fiançailles ne furent jamais qu'un préliminaire. Quant au consentement des époux et à la *copula carnalis*, ils sont les véritables fondements du système de la législation canonique. Pas de mariage sans le consentement des époux, mais de même pas de mariage complètement indissoluble sans la *copula carnalis*.

Ici quelques explications sont indispensables et nous devons, avant d'aller plus loin, faire apparaître clairement la véritable doctrine canonique. Ce fut Alexandre III qui la fixa définitivement, et celui-ci ne fit

(1) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 97-108.
(2) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 124.

que parfaire et sanctionner de son autorité pontificale la théorie triomphante due à Pierre Lombard et qui remplaça celle que Gratien s'était efforcé de faire prévaloir. Pour Gratien, il n'y avait véritablement mariage qu'après la consommation. C'était-la *copula carnalis cum affectu maritali* qui constituait le mariage. La théorie de Pierre Lombard est tout autre ; et le mariage y est considéré comme parfait dès l'échange des *verba de præsenti* intervenant postérieurement aux fiançailles. Aussitôt cet échange des consentements les parties intéressées sont époux. Faut-il en conclure, comme voudraient le faire beaucoup de civilistes, que l'élément consensuel suffit seul pour la formation et la validité du mariage. Ce serait certainement là une erreur. L'élément naturel conserve toujours sa large place, et l'union matrimoniale ne sera valable que si chacun des époux possède la capacité naturelle nécessaire ; disposition sanctiannée par la nullité des mariages pour impuissance ou défaut d'âge. De plus, la consommation, qui n'est pas nécessaire pour la perfection du mariage, n'est pas cependant dépourvue de tout rôle. Celui qu'elle joue est au contraire des plus importants. Et lorsqu'elle a eu lieu, elle renforce le lien conjugal qui se trouve désormais complètement indissoluble. Aucune puissance n'y peut porter atteinte. On est en présence d'un *matrimonium consommatum* alors que, pendant le laps de temps compris entre l'échange des *verba de præsenti* et la consommation, il n'y avait

qu'un *matrimonium ratum* qui pouvait être dissous pour deux raisons distinctes : profession religieuse de l'un des deux époux et *dispensatio* du Pape. Telle est la doctrine officielle de l'Eglise catholique ; et s'il est exact de dire, « que les mariages se forment au ciel mais se consomment sur la terre », il est erroné de prétendre que « le défaut de consommation était une cause de nullité », et que « le droit canonique regardait l'union des sexes comme essentielle au mariage et n'admettait pas qu'il y eût mariage sans cohabitation et consommation » (1).

3. — Pendant longtemps, la seule cohabitation volontaire *cum affectu maritali* forma le mariage. Mais, si, dans la suite, l'élément naturel conserva son importance, le consentement des époux prit une place de plus en plus considérable. A quel titre ? Voilà ce qu'il faut surtout bien délimiter. Ce qui est d'abord hors de doute, c'est que toujours ce consentement fut nécessaire. Seule, la manière de le constater changea. Etrien n'empêche d'affirmer *a priori* que le fond de la législation canonique fut toujours identique à lui-même et que les réformes accomplies touchèrent à la forme de la publicité du mariage, à la capacité des époux.

Primitivement, aucune cérémonie extérieure n'était requise à titre d'empêchement dirimant pour la validité du mariage. Une cohabitation volontairement établie

(1) Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par Robert Beudant. Paris 1896 ; *L'état et la capacité des personnes*, t. I, p. 304.

cum affectu maritali entre deux personnes de sexe différent se trouvant dans les conditions édictées par la loi, était un mariage. Et, si les nouveaux époux venaient aux pieds des autels faire bénir leur union, ils remplissaient plutôt un devoir de conscience qu'une obligation légale, obligation qui d'ailleurs n'était pas imposée sous peine de nullité. D'autres faits, telles les réjouissances accompagnant les noces, pouvaient donner au mariage une publicité suffisante. Mais si la majeure partie des unions s'effectuait au grand jour, d'autres étaient plus secrètes. Comment d'ailleurs de cette manière reconnaître le mariage du concubinat ! Une réglementation s'imposait et si elle se fit longtemps attendre à titre officiel, elle était depuis longtemps admise en fait. Nous avons en ce sens l'affirmation de Benedictus Levita qui « déclare expressément que celui qui veut contracter mariage doit d'abord aller trouver le prêtre, et que ce dernier doit faire une enquête pour établir qu'il n'existe aucun empêchement » (1). Sage mesure de précaution qui porte bien à la connaissance du prêtre l'intention qu'ont les futurs époux de se marier, mais qui laisse en dehors le mariage lui-même. Il est donc manifeste que subsiste l'élément naturel du mariage. Ce que l'on cherche, c'est une forme précise de publicité, qui se manifestera par une nouvelle réglementation de la capacité matrimoniale : il n'est en

(1) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 24.

aucune manière question de consacrer une nouvelle doctrine. C'est toujours avec ce caractère qu'il faut envisager les *denunciationes* ou *banni*, coutume ancienne que le quatrième Concile de Latran en 1215 ordonna d'une manière générale en la transformant en loi (1). De même les mariages *in facie Ecclesiæ* (2), à la porte de Moustier (3), la constitution de dot.

La caractéristique de ces essais de publicité est leur complète insuffisance. Portant pour la plupart sur des accessoires du mariage, non sur le mariage lui-même, ils étaient tous dépourvus de sanction satisfaisante. La menace des peines canoniques effrayait peu ceux qui étaient décidés à passer outre, l'empêchement qu'ils édictaient n'étant jamais qu'un empêchement prohibitif. Nombreux étaient encore les mariages clandestins. La situation ne pouvait durer ainsi. L'Eglise le savait, et d'autre part les pouvoirs civils réclamaient. Il fallait chercher à enrayer cette clandestinité. Ce fut le rôle du Concile de Trente (4).

4. — Il est assez courant de dire : le Concile de Trente fit du mariage un contrat solennel de consensuel qu'il était. Certes les apparences sont en faveur de cette opinion. Mais il y a plutôt là, nous semble-t-il, une

(1) Esmein t. I, p. 179.
(2) Esmein, t. I, p. 96.
(3) Esmein, t. I, p. 185.
(4) Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 137. — Convoqué d'abord à Mantoue en 1536, puis à Vicence, Bologne et Trente, il prit fin le 4 décembre 1563.

question d'ordre secondaire, une question de forme de l'expression du consentement, et pour que l'idée qui vient d'être rapportée fût rigoureusement exacte, il faudrait que l'élément naturel eût entièrement disparu pour faire place à l'élément consensuel. Or, il n'en est rien. Si ce dernier a considérablement augmenté, le premier a conservé sa large place, et la véritable interprétation doctrinale doit les combiner tous deux. Nous avons vu l'importance de la capacité naturelle matrimoniale et de la consommation. Le Concile de Trente laissa ce point hors de ces discussions ; la nature même du mariage ne fut pas examinée. Ce qu'il fallait, c'était, on s'en souvient, assurer la publicité du mariage. Les moyens jusqu'alors établis furent complétés et réglementés de manière à donner entière satisfaction. Les bans, déjà ordonnés par le quatrième Concile de Latran, furent maintenus, et la déclaration du consentement des époux dut désormais avoir lieu devant le parochus en présence de deux témoins. Cette prescription constituait un empêchement dirimant. En somme, le Concile de Trente ajouta un nouvel élément au mode d'expression du consentement. La forme, la matière et les ministres du sacrement de mariage ne subirent aucune modification. Seule, la capacité juridique des parties fut réglementée. Et, désormais, toute personne sera incapable de procéder au mariage en dehors des règles édictées par le Concile. Comme suite à cette réglementation le même Concile prescrivit la tenue de

registres. D'ailleurs, ce ne fut pas là une innovation. Ces registres existaient déjà à l'état de fait ; ils devinrent à partir de ce jour la preuve officielle du mariage. La publicité du mariage était assurée.

5. — Il est cependant une considération qui pourrait faire douter du véritable caractère de la réforme opérée par le Concile. La validité du sacrement dépendant de cet échange solennel des consentements, on serait tenté de croire à une innovation complète donnant la prépondérance à l'élément consensuel, c'est-à dire à la capacité juridique, tout en supprimant l'élément naturel, la capacité naturelle.

Ce serait, il nous semble, commettre une erreur, et nous avons pour soutenir l'opinion contraire trois raisons qui nous paraissent concluantes. La première est une raison historique, celle qui doit dominer toutes les autres. Les dispositions du Concile de Trente ont été précédées de beaucoup d'autres qui, toutes, avaient trait uniquement à la publicité (n° 3). Inefficaces parce que ne portant pas sur le mariage lui-même et édictées seulement à titre d'empêchements prohibitifs, elles devaient être remplacées par un autre moyen. Le remède était tout indiqué. La publicité, au lieu de se manifester par les bans, préliminaires du mariage, portera sur le consentement lui-même. De ce fait la capacité juridique des parties fut modifiée et la publicité des mariages assurée (1) Telle est l'œuvre du Concile, et j'en vois une

(1) Esmein, *op. cit*, t. II, p. 230, rapportant la thèse sur les ma-

preuve dans le rôle assigné au prêtre. C'est la seconde raison indiquée tout à l'heure. Le prêtre doit en effet « interroger les fiancés pour s'assurer de leur consentement et prononcer certaines paroles constatant le mariage contracté. Le décret de réforme veut aussi, dans une partie ultérieure, que la bénédiction nuptiale soit donnée par lui aux époux. Mais l'importance de ces divers actes ou formalités est nulle en ce qui concerne la validité du mariage » (1). La troisième raison, enfin, est la subsistance dans la législation canonique de l'impuissance comme empêchement dirimant, et de la non-consommation du mariage comme condition indispensable pour sa dissolubilité.

6. — En définitive, le mariage canonique qui, avant le Concile de Trente, exigeait pour sa validité deux éléments : l'élément naturel et l'élément consensuel, en comprend un troisième, accessoire du second : la publicité. Il est donc impossible de dire que le mariage canonique requiert pour sa perfection le seul élément consensuel, et en faire ainsi un contrat solennel, pur contrat religieux ou ecclésiastique (2). Agir de cette manière serait faire abstraction, sans raison aucune,

riages mixtes et des hérétiques, du canoniste Van Espen, qui reproduit celle « du docteur en théologie de Swœn », dit : « Enfin le Concile de Trente n'a eu qu'un but, assurer la publicité du mariage, prohiber les mariages clandestins. »

(1) Esmein, *op. cit.*, t. II, p. 181.

(2) Voir en ce sens : Charles Lefèbvre, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Paris, *Le mariage n'est-il qu'un contrat ?* Paris, 1902, p. 13, nº 7.

d'un des éléments nécessaires au mariage qui, pour avoir quelque peu perdu de son importance surtout par suite de la publicité du consentement, n'en existe pas moins et doit être pris en considération.

7. — Il vient d'être indiqué ce qu'est le mariage dans la législation canonique et comment il se forme. Voyons maintenant quelles personnes peuvent se marier, autrement dit quels sont les empêchements, prohibitifs et dirimants, du mariage. Une simple énumération suffira (1).

Les empêchements dirimants peuvent se diviser en trois classes : incapacités ; vices du consentement ; et empêchements fondés sur une relation entre les conjoints antérieure au mariage.

La première classe comprend six empêchements : 1° l'âge (*œtas*) ; 1° la qualité d'infidèle (*cultus disparitas perfecta*) ; 3° l'impuissance (*cœundi impossibilitas*) ; 4° l'engagement dans les liens d'un précédent mariage (*ligamen*) ; 5° le vœu solennel (*votum*) ; 6° l'engagement de l'homme dans les ordres sacrés (*ordo*).

Trois empêchements forment la deuxième catégorie ce sont : 1° l'absence de consentement (*dissensus*) ; 2° la violence (*vis*, *metus*) ; 3° l'erreur (*error personæ*, *error conditiones*).

Quant à la troisième, elle se compose de : 1° la parenté (*cognatio*, *consanguinitas*, *cognatio legalis*, *co-*

(1) Nous empruntons cette liste à l'ouvrage précité de M. Esmein, t. I., p. 103, 211, 302, 335.

gnatio spiritualis) ; 2° l'alliance (*affinitas*) ; 3° la *publica honestas* (*publica honestatis justitia*) ; 4° l'adultère qualifié (*criminis enormitas*).

Tous ces empêchements rendent radicalement nulle toute union qui aurait eu lieu au mépris de leur défense. Il n'en est pas de même des empêchements prohibitifs. Inutile d'insister. Citons ces derniers : l'*interdictum ecclesiæ* (défense spéciale) ; le *tempus feriarum* (carême, etc.) ; les fiançailles ; le vœu simple ; la différence de religion (*cultus disparitas imperfecta*) ; le défaut de consentement des parents.

8. — L'utilité de développements ne s'impose aucunement en ce qui concerne ces conditions du mariage. La seule question à retenir est la suivante : A quel titre l'Eglise édicte-t-elle ces empêchements ? Est-ce comme autorité purement spirituelle, ou comme gardienne suprême du droit naturel ? Autrement dit, les rattache-t-elle à l'idée religieuse que comprend le sacrement, ou les fait-elle dépendre de l'union naturelle ? La réponse est des plus faciles à trouver et la simple lecture des empêchements suffit à montrer que l'idée religieuse ou spirituelle a inspiré les défenses résultant des *cultus disparitas*, *votum*, *ordo*, *cognatio spiritualis*, et la presque totalité des empêchements prohibitifs. Quant aux autres, ils sont basés sur le caractère naturel, ou consensuel du mariage.

Le caractère naturel sert également de base aux au-

tres prescriptions du mariage en ce qu'elles concernent ses effets et sa durée.

Le droit canonique proclame l'égalité des époux avec néanmoins l'autorité du mari institué chef de la famille ; l'obligation à la vie commune et au devoir conjugal. Rien dans ces dispositions ne rappelle le caractère religieux du mariage.

9. — Ainsi établi comment prendra fin le mariage ? Uniquement par la mort de l'un des époux. Toute dissolution provenant du fait des conjoints ou du fait de l'homme en général est rigoureusement interdite. *Quod Deus conjunxit, homo non separet.* La question ne fait plus doute aujourd'hui, mais vu les hésitations nombreuses et les solutions contradictoires à ce sujet, il y a lieu de nous y arrêter quelques instants.

Tout le monde sait que Moïse trouva la loi du divorce établie chez les Juifs. Reconnaissant l'impossibilité de faire disparaître du jour au lendemain cette pratique déjà ancienne, il la réglementa de façon sévère par l'institution du *libellum repudii.* C'était là une simple tolérance tendant à l'abolition du divorce, non une consécration de principe. Interrogé à ce sujet, Jésus répondit d'une manière, considérée comme équivoque par ceux qui interprètent en faveur du divorce, le passage de saint Mathieu, XIX, 7.9, relatant la réponse du Maître : *Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere ? Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimit-*

tere uxores vestras ; ab initio autem non fuit sic. Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxerit, mœchatur. Sauf le cas d'adultère, le divorce est interdit. D'où, disent de nombreux auteurs, Jésus a reconnu la possibilité du divorce en cas d'adultère.

Ce n'est pas l'avis de tous, et, pour écarter entièrement le divorce, il est d'usage de rapprocher l'évangile de saint Mathieu, de ceux de saint Marc et de saint Luc (1). Ceux-ci sont formels et ne mentionnent aucune exception. Ils excluent par conséquent le divorce même en cas d'adultère. L'évangile de saint Mathieu devrait, dans cette acception, être considéré non pas comme permettant le divorce dans un cas unique, mais comme réservant l'examen de ce cas. La contradiction notée entre les Evangélistes ne serait donc qu'apparente et le divorce ne pourrait pas avoir lieu même à titre exceptionnel. Cette interprétation est-elle exacte ? Il serait bien imprudent de se prononcer. En tout cas, elle est rationnelle et rien ne s'oppose à son admission.

On peut cependant lui faire un reproche, mérité il est vrai, mais qui n'infirme en rien sa valeur. Pour donner le sens précité au passage de saint Mathieu, il faut le rapprocher des deux autres et opérer une disjonction. Pourquoi ne pas admettre que ledit évangile forme un tout complet ? Nous détruirons cette objection par

(1) Saint Marc, X, 11 .12 ; Saint Luc, XVI, 18.

un argument tiré de l'évangile même de saint Mathieu, argument qui nous semble autoriser au premier chef, sinon ordonner la disjonction proposée. Avant de renseigner ses interlocuteurs sur la possibilité du divorce, Jésus dit : *ab initio autem non fuit sic*. Qu'est-ce à dire, sinon que, avant d'entrer dans le détail, Jésus pose le principe. Et ce principe est l'indissolubilité absolue : *ab initio autem non fuit sic*. Et cette indissolubilité existe depuis le commencement. Ce n'est donc pas une règle de droit civil quelconque, ni même l'énoncé d'une pratique religieuse que Jésus rappelle en ces termes, mais bien l'indissolubilité naturelle, l'indissolubilité établie par Dieu, son Père, en même temps qu'Il instituait le mariage ; indissolubilité qui a fait l'objet d'une règle édictée par Dieu et ainsi classée par l'Eglise au rang des prescriptions de droit divin positif. Comment alors pouvoir soutenir que le Christ, immédiatement après avoir, non pas créé, mais rappelé le principe de l'indissolubilité naturelle et divine, ait permis le divorce, même à titre exceptionnel. Contradiction trop flagrante et qui ne peut pas être. Nous admettons donc l'interprétation ci-dessus proposée et reconnaissons l'indissolubilité naturelle et complète du mariage.

10. — Quoi qu'il en soit, le divorce pour cause d'adultère eut, dans l'Eglise catholique, autant de partisans que d'ennemis (1). D'abord admis comme simple

(1) Voir à ce sujet : Esmein, *op. cit.*, II, p. 49 et suiv.

divortium, il fut remis en discussion ; il s'agissait de savoir si les divorcés pouvaient ou non se remarier. Ce fut l'origine de la distinction du *divortium quoad vinculum* et du *divortium quoad torum vel cohabitationem* (1). Mais si, jadis, les discussions furent vives, elles sont définitivement closes aujourd'hui, et c'est encore au Concile de Trente qu'on est redevable de « la doctrine rigoureuse de l'indissolubilité » (2). Il ne faut cependant pas s'y tromper. L'indissolubilité enseignée par l'Eglise n'est pas un pur précepte religieux, c'est aussi et surtout un principe de droit naturel. « De nos jours, la doctrine officielle de l'Eglise semble insister surtout sur l'indissolubilité de droit naturel. Celle-ci est visée particulièrement dans le Syllabus de Pie IX, et le Pape Léon XIII, dans son Encyclique *Arcanum divinæ* du 10 février 1880, l'affirme également tout en insistant sur les effets du sacrement (3). »

11. — Engagés dans un lien indissoluble, les époux catholiques peuvent néanmoins quitter un foyer qui leur est devenu odieux et fuir une compagnie insupportable. Cette séparation, ce *divortium quoad torum vel cohabitationem*, laisse subsister le devoir de fidélité : aucune autre union n'est possible pour l'époux séparé pendant la vie de son conjoint. Elle doit d'autre part être autorisée et ne peut avoir lieu que dans des cas

(1) Esmein, *op. cit.*, II, p. 73.
(2) Esmein, *op. cit.*, II, p. 306.
(3) Esmein, *op. cit.*, I, 73.

nettement déterminés. Ce sont : 1° l'adultère ; 2° un danger grave pour la vie ; 3° un danger certain pour la foi religieuse et le salut perpétuel de l'une des deux parties ; 4° la profession religieuse et l'entrée dans les ordres sacrés (1). Séparation pour causes limitées, impossibilité du divorce, telle est la législation canonique du mariage.

Il nous faut dire ici un mot d'une certaine accusation portée contre cette législation. En ce qui concerne le divorce, on accuse l'Eglise d'inconséquence et presque de naïveté. On se sert pour cela de cas de nullité de mariage. La plupart d'entre eux ne font pas difficulté, mais on en retient un : l'impuissance. Ce n'est là, dit-on, qu'un prétendu cas de nullité, et en réalité il s'agit d'un véritable divorce. Cette assertion serait rigoureusement exacte si nous nous trouvions en droit civil français, tout au moins tel que l'interprète la doctrine ci-après exposée, mais il ne faut pas perdre de vue que nous sommes en droit canonique. Ah ! si le seul élément du mariage canonique était le consentement des époux, si le mariage n'exigeait pour sa perfection que la seule capacité juridique nous n'hésiterions pas à voir un divorce dans cette sorte de nullité. Mais il n'en est rien. L'élément naturel, la capacité naturelle, demeure toujours indispensable (n° 2), et lorsqu'elle n'existe pas, la nullité du mariage s'ensuit ; celui-ci est vicié *ab ini-*

(1) Paoli, *op. cit.*, p. 207.

tio, et, malgré tout, le divorce est inapplicable tant dans le fond que dans la forme.

Comme conclusion de tout ce qui a été dit dans cette première section, il faut noter que le mariage naturel et le mariage religieux sont identifiés, que tous deux ont en vue l'union des sexes, et que l'Eglise, en réglementant le sacrement, s'inspire principalement des données de droit naturel.

12. — Naturel et religieux, le mariage est en même temps civil. La conception catholique ne néglige pas ce point de vue. Voyons comment elle le comprend. Seule législatrice pendant de longs siècles en ce qui concerne l'union matrimoniale, l'Eglise n'avait pas à faire la part de chacun de ces caractères. Mais, de bonne heure, au XVIe siècle, les réclamations du pouvoir royal l'y obligèrent. Les assauts furent rudes et les efforts portèrent sur la distinction du contrat civil et du sacrement. C'était, disait-on, « le contrat civil enté sur le contrat naturel » qui avait été élevé par N.-S. J.-C. « à la dignité de sacrement de la loi nouvelle ce qui », n'avait « rien changé dans ce contrat comme civil » (1). Admise pour les besoins de la cause par tous les civilistes, avec des nuances diverses, cette doctrine rencontra également des partisans dans les rangs ecclésiastiques ;

(1) *Traité des empêchements au mariage*, chap. V, p. 79, attribué à Jacques Boileau, dans Basdevant : *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*. Thèse, Paris, 1900, p. 35.

c'était, en définitive, la distinction du contrat et du sacrement au point de vue du lien. Nous avons déjà repoussé cette opinion en montrant que c'est le mariage naturel lui-même qui est sacrement et que tous deux sont par là-même inséparables (n° 1). Présentée d'ailpar « trente-quatre orateurs (1) au Concile de Trente », elle n'en fut pas moins condamnée : l'immixtion des pouvoirs civils en ce sens fut repoussée.

Néanmoins l'Eglise ne nie pas les effets civils du mariage, mais elle refuse à l'Etat la réglementation de principe, la disposition du lien. La lettre que le Pape Pie IX adressait le 19 septembre 1852 à Victor-Emmanuel en fait foi. « Que le pouvoir civil, dit-il, dispose des effets civils du mariage, mais qu'il laisse l'Eglise régler la validité du mariage, entre chrétiens. Que la loi civile prenne pour point de départ la validité ou l'invalidité du mariage comme l'Eglise le détermine, et, partant de ce fait, qu'elle ne peut constituer (cela est hors de sa sphère) qu'elle en règle les effets civils. » C'est dans le même sens que s'exprimait Léon XIII dans son Encyclique *Arcanum divinæ* du 10 février 1880, et la doctrine est désormais constante sur ce point.

Telle fut la théorie officielle qui régit pendant de longs siècles le mariage des Français. Telle est l'union de fait signalée dans notre introduction et qui se rencontre chaque jour dans tout mariage catholique. Mais nous

(1) On trouvera leurs noms dans Esmein, *op. cit.*, t. II. Appendice A.

ne sommes plus alors en présence d'un fait légalement reconnu. Toléré ou puni suivant le moment où il intervient, il se trouve relégué et même méconnu par la nouvelle doctrine civile. Cette doctrine, nous l'avons déjà vu, enseigne que le mariage peut être considéré par la loi civile abstraction faite de toute réglementation ou idée religieuse, et qu'il n'est qu'un contrat civil. Que vaut cette assertion ? La recherche de sa valeur est le but de tout notre travail. Il nous faut auparavant dire comment elle naquit et indiquer son aspect général. Ce sera l'objet de la seconde section de ce chapitre.

SECTION II. — **Doctrine civile.**

13. — Le mariage est un contrat. Il n'est qu'un contrat. Mais en même temps, il est le plus saint des contrats. Tel peut être le résumé de la doctrine civile du mariage. Nous disons : doctrine, et non législation. Pourtant, les auteurs semblent, en parlant ainsi, faire œuvre de simple interprétation et traduire les articles du Code relatifs au mariage. L'esprit et la lettre du Code sont-ils bien en ce sens ? C'est ce que nous examinerons pour certains cas particuliers dans le cours des différents chapitres qui vont suivre, et d'une manière générale dans la dernière partie de cette étude.

14. — Bien que réglementé par l'autorité ecclésiastique et religieuse, le mariage préoccupa de bonne heure les pouvoirs civils, et nombreuses furent les inter-

ventions royales. Mais il faut bien remarquer que « la plupart des ordonnances partent non pas d'une question de principe, mais tantôt pour des mariages de membres de la famille royale, tantôt pour des raisons politiques, selon les besoins de la couronne, tantôt motivées par les remontrances du clergé » (1). En un mot, c'est la reconnaissance officielle de la doctrine canonique, et en 1698 tout comme en 1680 et 1663, le lien demeure à l'Eglise, seuls les effets civils sont réglementés par le roi (2). Cet accord était cependant mal établi. Les besoins de la couronne étaient insatiables, et, soutenue tour à tour par le Gallicanisme, le Protestantisme et le Naturalisme, la législation civile entamera le domaine de l'Eglise par de nombreux moyens doctrinaux et de jurisprudence dont elle tirera « des conséquences fort importantes qui n'étaient point toujours commandées par la logique la plus rigoureuse » (3). Dès ce moment jusqu'à la Révolution nous assistons à un spectacle étrange. La législation canonique est reçue et appliquée par notre ancien droit français ; l'élément naturel est encore nécessaire à la validité du mariage, et le mariage non consommé peut être dissous.

Nous en avons de nombreux exemples. Citons le vieil adage : Boire, manger, coucher ensemble, est mariage ce me semble ; la pratique du Congrès consécutive au

(1) Paoli, *op. cit.*
(2) Paoli, *op. cit.*, p. 22, 23, 141.
(3) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 37.

maintien de l'impuissance comme empêchement dirimant. Mais, en même temps, une nouvelle idée vient s'adjoindre : celle du contrat civil. Sacrement et contrat civil, voilà ce qu'est le mariage dans cette période, et Pothier, résumant la question, dira : « Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil et le sacrement auquel le contrat civil sert de sujet et de matière. » « Nos rois, de leur côté, ne songèrent pas à déclarer le mariage contrat purement civil..... Le mariage devint, pour ainsi dire, un contrat mixte à la fois civil et religieux (1). » Cette combinaison des deux idées se refléta dans la législation et la procédure. « En définitive, du XVIe au XVIIIe siècle, le mariage fut régi en France par une législation mixte dont le droit canonique formait le fond principal et que complétaient les dispositions des ordonnances. Cette législation était appliquée tantôt par les juges royaux, tantôt, quoique plus rarement, par les juges d'Eglise, mais elle ne variait point avec les juridictions, car les juges royaux devaient appliquer les règles canoniques et les juges d'Eglise respecter les ordonnances (édit de 1606, art. 12). Elle apparaissait de plus en plus aux jurisconsultes comme une sorte de législation nationale qui, au point de vue civil, tirait sa force obligatoire dans toutes ses parties de la seule volonté du souverain (Pothier, *Traité du mariage*, n° 20).

(1) Glasson, *Du consentement des époux au mariage d'après le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français de Napoléon et les législations étrangères*. Paris, MDCCCLXVI, p. 84.

Ainsi se préparait peu à peu l'avènement du mariage civil dont la formule se trouve par avance dans les écrits de nos anciens auteurs (1). » Ce résumé rapide que nous empruntons à un des historiens qui se sont le plus préoccupé de la question matrimoniale montre mieux que nous ne pourrions le faire en de multiples développements l'état du mariage à la veille de la Révolution. Au fond se trouvent les deux éléments que nous avons trouvé en droit canonique : l'élément naturel et l'élément consensuel. Puis vient s'ajouter la réglementation des effets civils dépendant de la seule volonté du prince. C'est tout ce que l'on trouve dans la première période de l'intervention civile, préliminaire du nouveau mariage qui en résultera. Le principe est toujours le même, le mariage naturel demeure à la base, et l'expression « contrat civil » n'affecte pas de signification juridique nettement définie. On aurait tout aussi bien, à cette époque, parlé d'acte civil.

Mais les pouvoirs civils ne pourront se contenter de la seconde place, et à la déclaration de Pothier fera suite bientôt celle de Durand de Maillane : « Le mariage est de sa nature un contrat civil », qui, elle-même, se transformera en celle de Muraire : « Ce n'est qu'un contrat civil. » La Révolution était née, et ce que les jurisconsultes les plus éminents n'avaient pu établir d'une manière juridique et sur une base solide, les législateurs

(1) Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 44.

de 1789 et de 1791 le firent d'un simple vote croyant en cela consacrer un legs du passé. Et cette idée de contrat, ils la poussèrent jusque dans ses conséquences les plus extrêmes : le divorce par consentement mutuel.

15. — Telle était la législation, lorsque, sous la surveillance trop souvent autoritaire de Napoléon, fut rédigé le Code civil. Comment ce Code considère-t-il le mariage ? Les avis peuvent être partagés, mais il existe une doctrine officielle, et c'est celle-là qu'il faut exposer ici. Elle est d'ailleurs des plus simples et a tout au moins le mérite d'être dépourvue de complication. Le mariage est parfait par le seul échange des consentements. L'élément naturel est disparu, seul l'élément consensuel, civil pourrait-on dire, est pris en considération. C'est d'ailleurs ce que semblait déjà dire Tronchet, toute question de principe mise à part, lorsqu'il soutenait que « le contrat naturel du mariage n'appartient qu'au droit naturel. Dans le droit civil on ne connaît que le contrat civil, et on ne considère le mariage que sous le rapport des effets civils qu'il doit produire » (1).

L'élément consensuel étant seul constitutif du mariage, celui-ci est un contrat. L'argumentation des civilistes est, comme on le voit, à la portée de tous. L'existence d'obligations à la charge des époux vient la ren-

(1) Tronchet, sous cardinal Gousset, archevêque de Reims, *Le droit civil, commenté dans ses rapports avec la théologie morale*, Paris, 1863, p. 68.

forcer. Inutile de chercher plus ample démonstration, il n'en existe pas. En outre, ce contrat ne ressemble pas aux autres, il est le plus saint des contrats. Pourquoi cette distinction ? Cela tient à la nature du mariage et des obligations qui en résultent ; telle est la réponse unanime des auteurs. Ils y trouvent de plus l'avantage de faire intervenir la loi civile au nom de l'intérêt public pour lui faire déclarer de rigueur les obligations matrimoniales et interdire en partie le divorce. A ce dernier point de vue, l'idée de contrat s'obscurcit, disparaît même, et l'admission du divorce n'est plus une suite logique du contrat, mais le remède à un mal. Voilà la théorie officielle et, avec la meilleure volonté du monde, il nous est impossible de la déclarer bien établie. Il y a dans cette théorie de droit civil quelque chose d'incertain et d'embarrassé (1) qui en empêche l'exposé clair et précis.

Quoi qu'il en soit, parcourons rapidement le Code, et, sans nous prononcer sur la question de principe, énumérons les qualités et conditions requises des époux, les formalités nécessaires au mariage.

16. — Pour pouvoir s'unir par le mariage, l'homme et la femme doivent avoir un certain âge. L'article 144 fixe cet âge à dix-huit ans pour l'un et à quinze ans pour l'autre, avec cependant dispenses possibles pour « motifs graves » (art. 145). Il faut : le consentement

(1) Charles Lefebvre, *op. cit.*, p. 8.

des époux (art. 146) ; l'inexistence d'un mariage précédent (art. 147) ; le consentement des ascendants ou tout au moins de l'un deux. Ce dernier cas est longuement réglementé par les articles 148-160 qui divisent les futurs époux en deux catégories suivant leur âge et organisent les actes respectueux, formalité peu respectueuse et peu respectable qui tend de plus en plus à disparaître. A ces actes respectueux fait suite le droit de former opposition à la célébration du mariage, qui appartient aux ascendants, à l'époux, et à certains parents dans certains cas (art. 172-179). Est interdit le mariage entre descendants et ascendants, entre collatéraux jusqu'au degré d'oncle et neveu (art. 161-164).

17. — Le mariage est célébré publiquement. L'officier de l'état civil du domicile de l'une des deux parties est chargé de cette célébration . Auparavant et dans le but de connaître les empêchements possibles, des publications sont faites à la municipalité du lieu où sont domiciliés les futurs époux et les parents sous la puissance de qui ils se trouvent. Au jour fixé pour la célébration, les futurs époux se présentent en personne, devant cet officier de l'état civil, accompagnés de leurs parents et de quatre témoins. Et là, après avoir constaté la volonté des parties de se prendre réciproquement pour époux, le maire ou son délégué les unit au nom de la loi. Le mariage est aussitôt constaté sur les registres de l'état civil, et l'acte ainsi rédigé servira de preuve aux époux.

18. — Le mariage est désormais valable et la nullité du mariage ne pourra être prononcée que dans les cas suivants : défaut ou vice du consentement des époux ou de l'un deux si la demande en nullité est formée avant six mois de cohabitation depuis la cessation de l'erreur ou de la violence ; défaut du consentement des parents ; âge insuffisant ; bigamie ; inceste ; défaut de publicité (art. 180-192).

19. — Une fois valablement formé, le mariage produit ses effets et chacun des époux a un rôle à jouer dans la nouvelle association. Le Code est à cet égard rédigé d'une façon bizarre. Et ce n'est qu'après avoir réglé l'obligation alimentaire qu'il traite dans un chapitre spécial : « Des droits et des devoirs respectifs des époux ». Dans ce chapitre, le législateur prescrit que : « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance (art. 212) » ; — « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » (art. 213) ; — « la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider ; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » (art. 214). En outre, le mari est institué chef de la famille et les articles qui suivent l'article 214 n'en sont qu'une application.

20. — Le mariage prend fin par la mort naturelle de l'un des époux et par le divorce légalement prononcé. Cette cause de dissolution fut introduite en France

comme suite à l'idée de contrat. Les contrats prennent fin de la même manière qu'ils naissent : par la volonté des parties. Le mariage est un contrat, il peut donc se dissoudre au gré des époux. Cependant, comme nous l'avons déjà indiqué, cette idée de contrat qui domina l'établissement du divorce dans la période révolutionnaire, ne fut pas celle du Code. Simple exception, maintenu de par la volonté du Premier Consul qui désirait en tirer parti pour lui-même, et sous le fallacieux prétexte de la liberté de conscience, supprimé à titre de réaction religieuse, et rétabli en haine du catholicisme, le divorce fait des progrès de plus en plus inquiétants. Ses causes sont d'ailleurs largement établies, et la jurisprudence les rend illimitées. Peu importent les textes ; en pratique, divorce qui veut. Quant à l'effet du divorce, il est radical. Le mariage qu'il détruit disparaît complètement, aucun lien ne survit entre les époux. D'où possibilité d'un nouveau mariage.

A côté du divorce se trouve la séparation de corps. Ce n'est là que la suppression du devoir de cohabitation et des obligations qui en découlent. Mais il faut bien remarquer que, telle qu'elle est appliquée aujourd'hui, elle n'est autre que le préliminaire du divorce que l'on arrive à imposer.

21. — Malgré tout, cette large admission du divorce ne suffit pas encore et de nombreuses réclamations ont fait naître une question du divorce. L'excès des jouissances et la décadence des mœurs en sont cause, l'u-

nion libre en est le but, et la base de toute l'argumentation est l'idée de contrat.

Les intérêts en jeu sont donc des plus considérables. Et il importe que la conception du mariage soit définitivement établie. Nous nous y emploierons dans la mesure de nos moyens.

RÉSUMÉ

Dans les doctrine et législation canoniques, le mariage est l'union intime de l'homme et de la femme. La capacité requise pour cette union comprend deux éléments : l'élément consensuel et l'élément naturel. Naturelle, cette union est d'institution divine : elle est sacrement et dépend comme tel de l'Eglise. Civile dans ses effets, elle doit être réglementée par la loi civile.

Dans la doctrine civile, le mariage est un contrat. L'élément consensuel est seul pris en considération comme principe fondamental.

CHAPITRE II

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR L'IDÉE DE CONTRAT.

Dans le chapitre précédent, deux points principaux ont été mis en relief. Le premier est que l'Eglise, considérant le mariage comme étant à la fois naturel, religieux et civil, réclame la réglementation du mariage par suite du caractère sacramentel de l'union des sexes, et laisse au pouvoir civil le soin d'en régler les effets civils. Le second concerne ces dits effets civils. L'Etat les réglementera en ne s'occupant d'ailleurs que du mariage civil.

Tout semblerait donc être pour le mieux, chaque pouvoir s'occupant uniquement d'une des faces de la question. Malheureusement, il n'en est rien. La loi civile revendique non seulement les effets, mais aussi la cause. Et, pour ce faire, elle en arrive à déclarer le mariage chose purement civile, à méconnaître les deux autres caractères indéniables de l'union matrimoniale. Aussi, lorsqu'il s'est agi de classer cette union sous une étiquette juridique quelconque, trouva-t-on celle de contrat. Nous avons fait entrevoir par quel travail de lente élaboration cette dissection malheureuse fut rendue possible. Le consentement, exigé en même temps

que l'aptitude naturelle au mariage, fut mis en évidence. L'allure de contrat qu'affecta désormais le mariage servit de prétexte aux civilistes. Ils s'efforcèrent de prouver que partout et toujours le mariage fut civil, que le seul principe du mariage était l'échange des volontés, d'où contrat, et que c'était ce contrat civil qui était la base du sacrement.

22. — Il est bien difficile de prendre cette dernière assertion au sérieux lorsqu'on a consulté l'histoire du mariage canonique (1). Son caractère dominant, le caractère naturel, empêche de le considérer sous ce côté artificiel. Cependant, cette idée a des partisans et bien souvent encore, on trouve, à titre de monnaie courante

(1) Pour être juste, il faut dire cependant que l'idée de contrat a sa source indirecte dans certaines théories canonistes qui, faisant abstraction du côté naturel, de l'union proprement dite, discutaient uniquement le point de savoir quelle était la capacité nécessaire à la manifestation du consentement. Elles admirent qu'il valait sans formes comme les contrats consensuels romains, et elles donnèrent à l'élément consensuel une place qu'il n'avait pas en droit. C'est ce qui explique la distinction du contrat et du sacrement, admise et soutenue par certains orateurs au Concile de Trente. Les civilistes ne créèrent pas cette idée de contrat, mais l'admirent d'abord côte à côte avec le sacrement, puis seul. L'erreur des canonistes développée créait des inconvénients qui existaient en germe seulement lorsque l'Eglise et l'Etat étaient d'accord. Aujourd'hui, la division opérée a transformé l'erreur d'école en crise aiguë. Les principes les plus évidents sont mis à l'écart. — Voir au sujet des théories canonistes précitées, qui concluaient que le mariage était un contrat parfait par le seul consentement : *Quia contractus jam perfectus est per solum consensum* : Esmein, *op. cit.*, t. I. p. 128. On y trouvera notamment la difficulté que ces canonistes éprouvaient pour expliquer le résultat de leur système.

donnée et reçue sans contestation aucune, cette phrase bien connue : « Le catholicisme a élevé le mariage à la dignité de sacrement, et la loi civile, elle, a élevé le mariage à la dignité de contrat. » C'est toujours la même erreur ; celle du contrat civil donné comme base au sacrement. Or, s'il est bien vrai que le christianisme a élevé le mariage à la dignité de sacrement, il est également vrai qu'il n'en a pas changé la nature. Il n'a pas remplacé le mariage naturel par le sacrement, et encore moins il n'a pas pour ainsi dire sanctifié une forme civile quelconque du mariage ; il a simplement donné au mariage, institution divine, au mariage non pas tel qu'il existait alors dans telle ou telle législation mais tel qu'il avait été créé par Dieu, d'abord un caractère religieux destiné à maintenir son caractère divin, et ensuite, en vertu de son pouvoir ecclésiastique, une forme plus tangible résultant de la modification apportée par le Concile de Trente à la capacité des époux. Voilà ce que nous avons déjà dit et ce que nous ne saurions trop répéter. Voilà ce que les partisans de l'idée de contrat méconnaissent et ainsi ils basent leur opinion sur un principe erroné. Ce qui est nécessaire pour qu'il puisse y avoir mariage, ce n'est pas la seule aptitude juridique à l'accord de volontés des époux, mais bien cette capacité matrimoniale dans laquelle l'élément naturel occupe une place considérable (n° 2).

Le parallèle établi entre le sacrement et le contrat n'a de ce chef, aucune raison d'être. On ne peut que louer

l'habileté des inventeurs du sacrement basé sur le contrat civil, mais habileté est souvent contraire de vérité. Et c'est ici le cas.

Il nous faut donc conclure que les deux principes canonique et civil ne sont pas identiques, — ce que nous savions déjà, — et que la première partie de la phrase que nous venons de discuter est fausse prise avec le sens que lui fait donner le voisinage de la seconde.

23. — Celle-ci est également des moins acceptables. Prise en elle même, elle doit être lue ainsi : le mariage n'est qu'un contrat civil. Ainsi comprise, sa signification peut être double. Elle peut vouloir dire : ou que, réellement et dans toutes ses parties, le mariage n'est qu'un contrat civil ; ou que la loi civile laisse de côté tout ce qui ne rentre pas dans le contrat. De toute manière, elle est inexacte. Il n'est pas vrai que le mariage ne soit qu'un contrat, ne constitue qu'une simple association civile, n'a comme but et comme conséquences que ce que règle la loi civile. Il n'est pas vrai que les seules règles juridiques : capacité ou autres, suffisent pour pouvoir s'unir dans les liens du mariage. Et il n'est pas davantage exact que la conception du contrat puisse suffire à elle seule pour la réglementation du mariage. La loi civile, vient-on nous dire alors, ne s'occupe pas du mariage naturel. Mais rien ne sera plus facile que de démontrer le contraire. Et si c'était vrai, la loi civile aurait grand tort. Pourquoi ne s'occuperait-elle pas du mariage naturel. Mérite-t-il moins d'attention que la naissance

et autres faits naturels pris dans leur véritable caractère ? Non certes, car le mariage se trouve à la base de ces autres faits. Il faudrait pour cela que la notion de contrat se suffit à elle-même et que les seules obligations juridiques soient nécessaires et suffisantes pour constituer tout le mariage. Qui peut, de bonne foi, soutenir semblable affirmation ? Personne. Nous aurons d'ailleurs par la suite l'occasion de la discuter plus longuement ; nous ne le ferons donc pas dans ce chapitre.

24. — Il est cependant un argument d'ordre général qui peut fort bien trouver place ici. Cet argument nous est fourni par les partisans mêmes de l'idée de contrat, qui prouvent ainsi l'insuffisance de cette dernière.

Immédiatement après avoir élevé le mariage à la dignité de contrat, ils s'empressent de le placer dans une sphère spéciale. Ils en font le plus saint des contrats. Il est permis, croyons-nous, de trouver bizarre ce langage soi-disant juridique, et de se demander la raison pour quoi le mariage, aussitôt après son élévation à la dignité de simple accord conventionnel, revêt un caractère particulier qui tend à le faire sortir du cadre qu'on vient de lui assigner. La raison en est simple et elle se trouve dans le peu de solidité que présente l'idée contractuelle du mariage. Tous s'en rendent parfaitement compte. Cette simple notion du mariage-contrat admise, il faudra la pousser jusqu'au bout. Alors, qu'en résultera-t-il ? Le mariage ne sera plus par principe une union stable, durable. Il demeurera aussi long-

temps et même aussi peu que le voudront bien les époux, et ce que leur volonté aura fait, leur volonté pourra le défaire. La logique l'exige, et si cette conséquence du principe présente trop d'inconvénients pour être mise en pratique, c'est que le principe lui-même est faux. Les civilistes reconnaissent facilement la première proposition, mais repoussent la seconde. Ils ont tort, car alors, pour concilier les deux propositions, ils démolissent en partie ce qu'ils ont fait, et laissent le mariage à l'aventure d'une décision législative. En effet, s'ils se refusent à donner au mariage un caractère divin, naturel peut-on se contenter de dire et le sens sera le même, dans lequel la loi civile puisera la règle de l'indissolubilité, ils le soumettent à des règles impuissantes et toujours changeantes. Ces règles sont celles qui régissent tous les contrats sans exception et que l'article 6 du Code civil formule en ces termes : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » C'est alors tomber dans le vague, l'imprécis, et cette insuffisance est très probablement une des causes qui ont poussé les auteurs modernes à faire du mariage le premier, le plus saint des contrats. C'est là une déclaration toute platonique, et nous cherchons en vain ce qu'elle ajoute à la dignité que, paraît-il, la loi civile a accordée au mariage en en faisant un contrat. Pour nous, tous les contrats sont aussi saints les uns que les autres, et la violation d'une con-

vention est tout aussi grave, quelle que soit la nature de l'engagement violé. Il n'y a à cet égard qu'une catégorie de contrats et la confiance en chacun d'eux n'est pas graduée d'après un système plus ou moins légal, plus ou moins arbitraire. La vérité est plus haut et plus loin.

Cette idée de contrat, en admettant qu'elle soit exacte dans quelqu'une de ses parties, ne peut se suffire à elle-même. La moindre tourmente emportera avec elle l'institution si on ne la consolide. Nous avons vu que la première place qu'on lui donne à la tête des contrats est insuffisante. Ses inventeurs le savent bien, mais l'amour-propre veille. Reconnaître au mariage un caractère plus élevé que celui des contrats, c'est diminuer l'idée civile, c'est admettre le sacrement ; c'est alors une défaite que l'Etat aurait à enregistrer dans sa lutte contre l'Eglise, et cela il faut l'éviter à tout prix. Ces considérations politiques et religieuses sont, dans le sujet qui nous occupe, la cause de nombreuses décisions. Personne ne veut se l'avouer, malheureusement. Et de ce fait, pour n'avoir pas à demander à la religion (1), à la

(1) Et la meilleure preuve que tous savent bien, au fond, que la religion serait d'un puissant secours se trouve dans la réglementation du mariage pendant la période révolutionnaire. Au moment où toute religion était supprimée, l'on s'efforçait d'en créer une nouvelle, celle de l'Etre Suprême, et dans cette religion, copie déformée de celle qu'on venait d'abolir, les mariages prenaient rang dans ce qu'on pourrait appeler les sacrements de la nouvelle religion avec la Fête des Epoux et les cérémonies décadaires. C'est là un phénomène bien indicatif. Le peuple fait une révolution dans

conception divine et naturelle même, un appui qu'elle seule peut donner, on laisse aller à la dérive nos principales institutions.

25. — Néanmoins, il ne faut pas tomber dans l'exagération. Prétendre que le mariage n'est pas un contrat, n'est pas vouloir retirer aux pouvoirs civils tout droit de réglementation du mariage. Il ne faut jamais passer sans transition d'un cas particulier aux cas généraux. Et si beaucoup, adoptant une méthode simpliste, ont dit : L'Etat est intéressé dans le mariage, donc celui-ci n'est qu'un contrat civil ; on ne peut s'en prévaloir pour déclarer aussi inexactement :la conception juridique que la doctrine, interprétant la loi civile, se fait du mariage étant inexacte, la loi civile n'a aucun pouvoir sur l'union matrimoniale. Ce qu'il importe de noter est ceci : 1° l'Etat, étant directement intéressé au mariage, source des familles, peut et même doit intervenir à côté des lois de l'Eglise ; 2° il pouvait fort bien remplir ce rôle sans innover, sans inaugurer une conception nouvelle (1).

laquelle il supprime tout, et, en pleine effervescence, son premier soin est de rétablir ce qu'il vient de détruire et en premier lieu la religion. Qu'est-ce à dire sinon, que l'homme a besoin d'idéal, a besoin de vivre en rapports constants avec son Créateur ? Et, dans l'espèce ci-dessus, ne voyons-nous pas que, à cette époque troublée où l'idée de contrat était affirmée par la loi et par elle poussée à l'extrême, l'âme populaire comprenait que le mariage était autre chose qu'une simple convention tout comme le bail et la vente. Peuple, jurisconsultes, tous sont exactement renseignés sur la valeur du contrat. Quelque chose manque et manquera toujours tant que la loi civile s'en tiendra à cette simple notion.

(1) Charles Lefebvre, *op. cit.*, p. 9.

Mais à l'époque où le mariage civil apparut, on cherchait quelque chose à opposer au sacrement, principe de toute l'institution ; on trouva le contrat (1). Et c'est sur cette idée que Pothier se base pour réclamer au nom de la loi civile : « Le mariage étant un contrat appartient de même que tous les autres contrats à l'ordre politique. » On ne peut nier que tous les contrats appartiennent à l'ordre politique, mais à l'inverse, on ne peut admettre que seuls ils y appartiennent. Pothier lui-même ne le soutenait pas, et on voit de suite qu'il était possible et plus rationnel que la loi civile réglementât le mariage sans le mettre au rang des conventions. Quoi de plus simple en effet. Au lieu de créer un contrat pour le réglementer, il n'y avait qu'à prendre le mariage tel qu'il existait, abstraction faite de son caractère sacramentel, c'est-à-dire une union des personnes. La réglementation de la loi civile aurait alors porté sur l'union elle-même, non sur une création factice : le contrat. Les effets du mariage seraient résultés non de l'accord de volontés, mais de la loi ; les obligations auraient été légales, non contractuelles. La réforme pouvait donc très bien se faire sans secousse, et les résultats auraient eu plus de chances de satisfaire tous les partis, la question de principe demeurant unique.

26. — En réponse à ce qui vient d'être dit se présentent trois objections. La première est la suite logique

(1) Basdevant, Thèse, p. 6.

de tout le système civil. Elle consiste à dire que la loi civile, en décrétant le mariage simple contrat, n'a pas innové mais fait un retour aux vrais principes d'ailleurs mis en évidence par l'histoire et très peu obscurcis par la doctrine canonique. Les partisans de cette opinion s'efforcent de voir un véritable contrat dans le mariage d'Adam et d'Eve (1), montrent que les cérémonies religieuses n'étaient pas nécessaires pour la validité du mariage à Rome et à Athènes (2), prétendent que le sacrement de mariage n'est autre que le contrat civil sanctifié par Jésus-Christ, et que, en définitive, le Code civil et ses prédécesseurs n'ont fait que dégager une idée qui tendait à disparaître sous le caractère religieux du mariage. Nous avons déjà dit en partie ce qu'il faut penser de semblables assertions (n° 22) ; dans le chapitre V nous examinerons si, réellement, depuis Adam jusqu'à nos jours, le mariage s'est toujours présenté comme un contrat. Contentons-nous pour l'instant de laisser entrevoir la solution entièrement négative (n°s 44 et suiv.).

27. — Restent deux objections beaucoup moins graves que la précédente et que l'on serait tenté de négliger si on ne se trouvait en matière si sérieuse. Celles-ci laissent de côté la question historique. Et, sans avoir besoin de controuver les institutions anciennes pour

(1) Pothier. — V. *infrà*, chap. V.

(2) Notamment Paul Pic, *Du mariage en droit international et en législation comparée*. Thèse, Paris, 1885, p. 8.

justifier la solution moderne, elles l'approuvent purement et simplement au point de vue de la liberté de conscience (1), et comme présentant un intérêt pratique : celui de l'unité des mariages.

Cette unité des mariages existe. Cela est rigoureusement exact. Mais elle existe seulement à titre légal. Autrement dit, la loi civile la déclare existante, et, en fait, rien n'est plus faux. Chaque confession religieuse conserve son mariage, et pour chaque catholique notamment, cette prétendue unité crée un dualisme. Car, s'il veut s'unir suivant les données de sa foi et de sa conscience, il doit se marier deux fois, à la mairie d'abord, à l'église ensuite. Et ce dualisme crée des situations fâcheuses que nous aurons à examiner. Il est vrai que, bien souvent dans ces sortes de conflits, c'est la conscience qui pâtit, c'est la foi qui sombre, c'est la morale qui perd. Aussi les civilistes nient-ils le danger. Et l'on comprend difficilement que la liberté de conscience serve d'argument en faveur du contrat civil. Cela est d'ailleurs inexact, et cette conception n'est pas basée sur le respect absolu de la liberté de conscience. Liberté de conscience sans doute, lorsqu'on vient dire aux catholiques : pour être mariés selon votre foi vous devez passer devant le prêtre ; nous, nous vous déclarons époux sans cette formalité dès que l'officier de l'état civil vous aura unis au nom de la loi. Liberté de conscience

(1) Paul Pic, *op. cit.*, p. 7.

aussi, lorsqu'on défend aux catholiques de procéder au mariage religieux avant le mariage civil! Liberté de conscience, enfin! lorsqu'on refuse toute valeur au mariage religieux le seul valable en conscience. Liberté de conscience, toujours, lorsque, en vertu du même principe, on incite les époux catholiques au divorce, on les y condamne malgré eux, lorsqu'on les maintient dans des liens et des rapports qui leur répugnent, lorsque, en un mot, on fait bon marché de tout ce qui a trait à la conscience.

Ici, nous nous trouvons en présence des deux courants qui ont souvent imposé leur influence en matière législative. Pour les uns, la liberté de conscience n'était qu'un prétexte, que des mots destinés à flatter la générosité, parfois même l'erreur des autres. Beaucoup, en effet, — et nous assisterons au même phénomène lorsqu'il s'agira du divorce, — se sont trompé. Pour corriger un excès, ils sont tombés dans un autre. Pour rendre la liberté aux non-catholiques, ils ont aliéné celle des catholiques. Avant 1787, le mariage, tel qu'il était réglementé, violentait la conscience des protestants. L'édit de 1787, rédigé en leur faveur, fut impuissant à leur assurer liberté complète. Sa modification aurait pu amener un régime acceptable de tous. Ce n'est pas ce que fit la Révolution. Au lieu d'un régime religieux unique méconnaissant les autres religions, on eut un régime civil unique méconnaissant la plupart des religions, peut-être serait-il encore plus vrai de dire : toutes les reli-

gions. Et, avec la meilleure volonté possible, on ne peut que constater le peu de progrès, — nous allions dire le recul, — réalisé par cette innovation. Quelques protestants peuvent être satisfaits, nombreux sont les catholiques violentés. Aussi est-il impossible d'intituler œuvre de justice respectant la liberté de conscience, une loi qui, à chaque instant, se révèle comme une réaction véritable au profit d'une secte religieuse qui, demain, en vertu des mêmes principes, pourra devenir l'opprimée. L'œuvre de la Révolution ne se présente donc pas comme durable, et, de cette unique constatation, on peut induire *a priori* que des réformes sont désirables.

Quoi qu'il en soit, un résultat certain se trouve acquis. Et ce résultat se résume en la conclusion suivante : L'idée du mariage, simple contrat civil, est une idée nouvelle qui n'a sa base dans aucune des institutions du passé. Cela, nous n'avons fait que l'indiquer : nous y reviendrons par la suite. En admettant que cette idée fût défendable au seul point de vue juridique, ses effets pratiques et sociaux sont déplorables, tant en ce qui concerne la liberté de conscience que les suites de ce qu'on est convenu d'appeler l'unité des mariages.

28. — Nous en aurions terminé avec ce chapitre si, avant de le clore, il ne nous semblait pas utile de mettre en lumière la définition juridique du mariage. Dire du mariage qu'il est un contrat, c'est le classer non le définir, pas plus qu'on ne définit la vente en disant qu'elle est un contrat. Nous voudrions donc, avant d'aborder

le corps même de notre sujet, connaître cette définition. Définir ce dont on s'occupe est, croyons-nous, le premier soin qu'il faut avoir. Et en matière de mariage, la définition juridique doit être, de la façon dont il est ordinairement envisagé, la seule à prendre en considération. Ce doit être aussi la plus facile à trouver si, réellement, le mariage est un contrat.

Cependant, nous ne la rencontrerons pas dans le Code ni dans une loi postérieure : elle ne s'y trouve pas. C'est donc aux ouvrages de la doctrine qu'il nous la faut demander. Mais alors une grande difficulté se présente. Comment choisir ? Les définitions sont nombreuses et variées et elles sont généralement plus philosophiques et sociales que juridiques. Celle qui fut inscrite au projet de la commission du gouvernement était ainsi rédigée : « Le mariage est un contrat dont la durée est, dans l'intention des époux, celle de la vie de l'un d'eux. » A tout bien considérer, cette définition ne dit rien et ne peut nous satisfaire. Elle a cependant un mérite, c'est d'insister d'une façon toute particulière sur l'intention des époux qui prend, de cette manière, un caractère dominant. Mais ce mérite contient, actuellement du moins, une erreur. Cette définition ne pourrait être rigoureusement exacte qu'avec le divorce par consentement mutuel, suite logique de l'idée de contrat. Or, ce divorce n'existe plus, et cette définition se réduit à faire ressortir l'indissolubilité relative du mariage.

Les autres définitions placent au premier rang l'inté-

rêt des enfants, le bonheur des époux, l'intérêt de la société. Peut-être que « la meilleure est celle qui exprime le plus simplement ce que chacun sait d'ailleurs : le mariage est la convention par laquelle deux personnes de sexe différent unissent pour la vie leurs destinées à titre d'époux » (1). Evidemment, cette définition est excellente, mais il nous semble impossible de la considérer comme définition juridique.

Le mieux, croyons-nous, est d'essayer par nous-même d'établir une définition par analogie avec celles que nous connaissons des autres contrats. De cette manière, nous arriverons sans doute à mettre sur pied cette définition juridique du mariage.

Or, que contient toute définition d'un contrat ? Leur citation va nous l'apprendre. Prenons au hasard :

La vente est un contrat par lequel une personne appelée vendeur s'oblige à transférer la propriété d'une chose à une autre personne appelée acquéreur, qui s'engage en retour à payer une certaine somme d'argent nommée prix.

Le prêt à usage ou commodat, nous dit lui-même le Code civil dans son article 1875, est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.

De même dans son article 1832, il dit que la société

(1) Ch. Beudant, *op. cit.*, t. I, p. 293.

est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui peut en résulter.

Nous pourrions continuer ainsi pour tous les contrats, mais si une définition pouvait paraître insuffisante, il est facile d'asseoir un jugement sur les trois qui viennent d'être transcrites. Dès maintenant, ressortent à merveille les éléments qui composent toute définition de contrat. Il y est nettement indiqué ce à quoi les parties s'obligent, ce qui fait l'objet principal que veulent atteindre les contractants. En possession de ces éléments, voyons, toujours au seul point de vue juridique, bien entendu, quelle définition peut être donnée du mariage.

Pouvons-nous dire : Le mariage est un contrat par lequel deux personnes de sexe différent s'obligent à s'unir par les liens du mariage, autrement dit, à se donner l'une à l'autre corps et âme pour toujours. Il est bien certain que l'accord sur une semblable obligation, en admettant même qu'elle fût supposée immédiatement réalisée comme le transfert de propriété dans la vente, ne pourrait former un mariage mais tout au plus des fiançailles. Celles-ci ne sont pas reconnues par la loi. Le seraient-elles qu'on ne pourrait y voir que le prélude du mariage, non le mariage lui-même. Si l'on ajoute que la législation française n'admet pas les mariages à terme ou sous condition, l'on sera convaincu que la définition ci-dessus est fausse parce qu'elle ne contient pas l'objet de nos recherches : l'obligation naissant du mariage-contrat.

Une seule catégorie d'obligations reste à explorer, c'est probablement là que nous trouverons les éléments cherchés. Ces obligations sont nommées par le Code : les effets du mariage. Elles sont nombreuses mais réductibles ; celles qu'il faut connaître sont les principales, celles dont toutes les autres ne sont que la suite nécessaire. Cela serait peut-être assez long à trouver si le travail n'était facilité par l'existence du divorce et de la séparation de corps. Celle ci subsistant à côté de celui-là, il fallut délimiter leurs effets respectifs. La séparation est la dispense de l'obligation de vivre en commun et par là-même de presque toutes les obligations du mariage à l'exception du devoir de fidélité, autour duquel se rangent les devoirs de secours et d'assistance et que rompt seul le divorce. — L'interprétation du Code fournit donc les deux obligations principales du mariage, les seules. Ce sont elles qui entreront dans la rédaction cherchée qu'il faut dès lors lire ainsi : Le mariage est un contrat par lequel deux personnes de sexe différent s'obligent à vivre en commun et à se garder mutuellement fidélité, et ce, pendant la durée de la vie de l'un d'eux, en principe tout au moins.

Cette définition est-elle juridiquement exacte ? Nous ne répondrons pas à cette question de peur d'anticiper. Mais il est néanmoins permis d'affirmer que, si elle ne vaut rien, il est impossible d'en trouver une meilleure. Il faudra alors conclure à son inexistence et par là-même à la fausseté de l'idée de contrat.

CHAPITRE III

CONTRAT ET ÉTAT

29. — Lorsqu'on parcourt les chapitres des auteurs contemporains relatifs au mariage, on ne peut que remarquer l'absence de preuves apportées à l'appui de l'idée de contrat. Certains même ne songent pas à la possibilité que leur assertion soit contestée : et, les uns écrivent : puisque le mariage exige le consentement des époux il est un contrat ; pendant que les autres concluent : puisque le mariage est un contrat le consentement des époux est nécessaire. D'où cercle vicieux et pétition de principe insoluble. Beaucoup, par ailleurs, font ressortir et l'existence du consentement d'une part et l'existence des obligations du mariage, d'autre part. « Preuve certaine, disent-ils, que le mariage est un contrat (1). »

Pour nous, nous admettons le principe posé en ces termes, mais la conclusion nous semble prématurée. Pour que de l'existence du consentement et des obligations découle l'exactitude de l'idée de contrat, il faudrait auparavant prouver les propositions suivantes :

(1) P. Laurent, professeur à l'Université de Gand, *Droit civil international*, Bruxelles, Paris, 1880, t. IV, p. 384.

Tous les accords de volontés sont des contrats, ou si tous les accords de volontés ne sont pas tels, celui qui se trouve dans le mariage, qui est le mariage, est un contrat.

Toutes les obligations sont contractuelles, dérivent du fait de l'homme qu'on nomme contrat, ou s'il en est qui viennent d'une autre source, celles qu'on nomme les effets du mariage dérivent bien et réellement du fait de l'homme, d'un contrat.

Et enfin, les obligations ci-dessus naissent sans aucun doute de l'accord de volontés signalé précédemment.

Mais jusqu'à ce moment, il nous paraît mal fondé de conclure à l'existence du contrat.

Ces quelques lignes posent nettement et sans réticence le problème à résoudre, celui qui fait l'objet de ce travail.

*
* *

Si les uns voient un contrat dans le mariage et si les autres repoussent cette idée, tous sont d'accord sur un point commun, à savoir qu'il existe un état qu'on nomme mariage (1). Et, pour les premiers, pour les partisans de la doctrine que nous discutons, cet état dérive du contrat. D'où, pour être complète, l'opinion qu'il nous faut étudier doit être formulée ainsi : le mariage est un contrat d'où naît un état.

(1) M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 2e édit., t. III, p. 4, n° 5 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, « Des Personnes », Paris, 1903, t. III, p. 5.

Contrat et état, deux notions à établir d'une manière précise dans ce chapitre.

SECTION I. — **Du contrat**.

30. — « Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique (Aubry et Rau) (1), et le contrat est une espèce particulière de convention dont le caractère propre est d'être productif d'obligations (2). »

Cette définition met en évidence les deux catégories d'accord de volontés : simple accord et contrat. Est simple accord celui qui porte sur un objet quelconque ne présentant pas d'intérêt juridique. C'est une entente qui n'a aucune valeur en droit, que la loi ne reconnaît pas et à quoi elle ne donne aucune suite parce qu'elle ne le veut pas et le plus souvent parce que cette sanction se trouve en dehors de son pouvoir. D'une manière générale, nous pouvons citer à titre d'exemple, — et il serait impossible d'en trouver de mieux approprié à la circonstance, — les fiançailles. C'est là une simple promesse qui n'a rien de juridique.

Le contrat fait, au contraire, partie du domaine officiel. Il est reconnu et sanctionné en raison du carac-

(1) Aubry et Rau, conseillers à la Cour de cassation, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 5e édit., par G. Rau, Ch. Falcimaigne et Gault, Paris, 1897, t. IV, p. 46.

(2) Planiol, *Traité*, t. II, p. 293, n° 943.

tère de son objet qui peut être « soit la formation d'une obligation, sa modification ou son extinction, soit enfin la translation d'un droit » (1).

La gradation est ainsi nettement établie, et il se trouve prouvé sans autre démonstration que, partout où il y a accord de volontés, il n'y a pas nécessairement contrat, et que, lorsqu'on se trouve en présence d'un échange de consentements, son examen minutieux s'impose avant de prononcer qu'il y a là un véritable contrat.

Or, le contrat se distingue des autres accords de volontés par les obligations qu'il produit. L'obligation est donc la caractéristique du contrat et c'est sur elle que doit porter l'attention.

31. — L'obligation est, comme le contrat, l'expression la plus parfaite d'une évolution. A la base du contrat, se trouve l'accord de volontés. Les devoirs sont les assises premières de l'obligation. Et sous le terme générique et imprécis « obligations » se groupent diverses catégories qu'il importe de connaître : devoirs de pure morale, devoirs juridiques : obligations naturelles, obligations civiles.

Les devoirs sont juridiques ou de pure morale « selon qu'ils sont ou non légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure. Les devoirs de la première espèce constituent seuls des obligations dans le sens du Droit » (2). Est

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 46.
(2) *Ibid.*

donc obligation tout devoir dont l'accomplissement forcé est possible, qui est sanctionné par le Droit positif. Cette sanction n'est pas identique pour toutes les obligations, et la variété de sanctions engendre la variété d'obligations. Les unes sont dites naturelles et comprennent « d'une part, les devoirs qui, fondés sur une cause juridique de nature à engendrer au profit d'une personne contre une autre un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas cru convenable de reconnaître comme obligations civiles (2) » ; et, « d'autre part, les obligations à la fois naturelles et civiles à l'origine, auxquelles le législateur a, par des motifs d'utilité sociale, retiré le droit d'action » (3). Les autres sont « toutes celles qui se trouvent sanctionnées d'une manière complète par le Droit positif au moyen d'une action, c'est-à-dire du droit accordé au créancier d'en poursuivre l'accomplissement à son profit, par les voies légales et sous la protection de l'Etat » (4). Ce sont là les obligations civiles, les véritables obligations et ce sont elles que l'on a en vue lorsqu'on emploi *stricto sensu* le mot « obligation ».

32. — Dès maintenant se trouve précisée la notion de

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 3
(2) *Ibid.*, p. 5.
(3) *Ibid.*, p. 6.
(4) *Ibid.*, p. 4

contrat. Et, pour savoir si l'on est en présence d'une convention de ce genre, il faut et il suffit d'examiner les effets du devoir par elle engendré. Ces effets se résument en un seul mot : l'exécution (1). L'exécution légale et par voie de justice est en effet la seule raison d'être du contrat, et par elle on met fin aux excès et aux luttes privées. La loi, en assurant l'appui des pouvoirs publics, a, dans les rapports des individus entre eux, opéré la substitution de l'autorité, de la force publique à la force privée dans la mesure de ses moyens. Ceux-ci sont limités, l'exécution réelle et directe n'est pas toujours possible, et l'obligation civile (nous ne nous occuperons désormais que de celle-là que nous désignerons par le mot : obligation) reçoit effet de façon différente suivant son objet. On peut à cet égard diviser les obligations en deux classes : 1° celles de sommes d'argent, de donner un corps certain, de livrer ; 2° les obligations de faire et de ne pas faire.

L'exécution forcée ne fait pas doute pour les premières, et tout créancier obtiendra, en s'adressant aux tribunaux, l'objet même de sa créance. Elle est encore possible pour une certaine partie des obligations de la seconde catégorie : les obligations de faire. Mais alors il faut établir une distinction entre les obligations dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur lui-même et celles qui sont susceptibles d'être

(1) Saleilles, *Essais d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand*, Paris, 1890, p. 13.

exécutées sans sa participation ou son intervention (1). Ces dernières sont exécutables comme les obligations de sommes d'argent ; aucune contrainte ne peut avoir lieu sur le débiteur d'une obligation de la première espèce (2). Mais le créancier n'est pas, par cela même, dépourvu d'action, et toute obligation dont l'exécution forcée est impossible se résoudra en dommages-intérêts, c'est-à-dire en une condamnation de somme d'argent équivalente à l'avantage qu'eût procuré au créancier l'exécution exacte et effective de l'obligation. D'où, comme suite logique et inéluctable de cet effet, il faut reconnaître que certains faits ne peuvent pas être pris comme objet d'un contrat, à savoir ceux qui ne sont susceptibles d'aucune évaluation. « Un fait, pour être la matière d'une obligation civile doit être un fait auquel celui envers qui elle est contractée ait un intérêt appréciable à prix d'argent (3). » Il est donc des obligations dont l'exécution directe ou par équivalent est impossible, et, par là même, des conventions à allure de contrat qui sont de simples accords de volontés et ne peuvent avoir aucune existence juridique en tant que contrat, par suite du fait sur quoi elles portent.

Quant aux obligations de ne pas faire, elles concernent une abstention. Il n'y a donc pas lieu à exécution forcée, et la seule action que possède le bénéficiaire

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 63.
(2) Pothier, *Traité des obligations*, annoté par M. Bugnet, p. 65, n° 140.
(3) *Ibid.*

lorsque le débiteur a violé ses engagements, est un recours en dommages-intérêts.

En résumé, le contrat est bien ce qui est affirmé dans la définition posée en tête de ce chapitre : un accord de volontés productif d'obligations.

33. — Faut-il s'en tenir à cette seule notion ? Elle nous paraît complète. Néanmoins, nous signalerons une manière de voir admise par beaucoup et rejetée parfois bien timidement par quelques-uns. Elle consiste à insister non plus sur l'obligation mais sur l'accord de volontés lui-même. Et les partisans de cette opinion, considérant le contrat affirment que « ce qui fait son essence suivant la tradition comme en raison, c'est d'être un pacte juridique où les volontés concourent librement pour déterminer d'elles-mêmes leurs engagements et leurs droits, ou suivant l'axiome écrit dans notre Code « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », où l'on n'est lié, en principe, que comme on l'a voulu et tant qu'on l'a voulu » (1).

Ceci est rigoureusement exact, mais incomplet comme position à prendre pour notre travail. Un seul côté de la question est mis en lumière. C'est dire en effet : les obligations dérivant d'un contrat sont librement consenties, sont conventionnelles ou contractuelles. C'est insister sur un point particulier sans grand intérêt pour nous. Mieux vaut, nous semble-t-il, poser le problème de

(1) Ch. Lefebvre, *op. cit.*, p. 27.

la manière suivante : étant donnée une obligation prise en elle-même, d'où naît-elle ? Autrement dit : quelles sont les sources des obligations ?

On en compte cinq (1) : le contrat sur lequel il est inutile d'insister ; le quasi-contrat qui est un fait licite où l'accord de volontés fait complètement défaut ; le délit ; le quasi-délit, fait illicite commis sans l'intention de nuire ; et enfin la loi. Cette dernière forme un groupe à elle seule, tandis que les quatre autres donnent le fait de l'homme comme fondement immédiat aux obligations qui en découlent (2).

Nous savions déjà que tout accord de volontés n'est un contrat que s'il engendre des obligations civiles. Un nouveau point est désormais acquis, c'est que les obligations civiles peuvent également dériver d'une autre source que le contrat, notamment de la loi. D'où en présence d'un accord de volontés et d'obligations existant simultanément, s'impose la preuve de la filiation des unes à l'autre avant d'affirmer l'existence d'un contrat. Cette preuve semble être une précaution surabondante et pourtant nous ne la croyons pas inutile ; sa nécessité apparaîtra peut-être dans des cas plutôt rares, il n'y a cependant pas lieu de la dédaigner. Essayons de préciser.

Le contrat donne naissance à des obligations civiles.

(1) Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique de droit civil*, « Des Obligations », Paris, 1897, t. I, p. 3.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 145.

La loi également. Se peut-il qu'une ou plusieurs obligations appartenant à une série d'obligations dérivant d'une convention comme source primitive, ait comme fondement immédiat un ordre de la loi au lieu de la libre volonté des parties ? La solution de cette question peut n'être pas indifférente. Elle résultera d'ailleurs de l'examen qui va suivre et qui portera sur la structure complète du contrat, sur toutes ses conséquences.

Les conséquences du contrat sont connues et nous n'aurions rien à ajouter à ce qui a déjà été dit, si l'article 1135 du Code civil ne nous y engageait. Il est d'ailleurs la meilleure réponse à la question posée précédemment. Il est ainsi conçu : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Donc, dans tout contrat deux parties bien distinctes : l'une qui fait l'objet direct de la convention, l'autre qui n'en est qu'une suite plus ou moins immédiate. Cette dernière peut être imprévue des contractants, parfois même absolument en dehors de leur volonté ; ce n'est pas le consentement qui la fait naître, mais bien l'équité, l'usage ou la loi. Il existe donc, comme suite à un contrat, des obligations imposées par la loi.

Il ne faudrait pas conclure cependant que ces obligations sont toujours inaptes à servir de base aux conventions des particuliers. Elles se trouvent, il est vrai, réglées par le législateur, mais ce peut être à titre de simple

présomption de la volonté des contractants ou par ordre de la loi. De ce fait, elles se divisent en deux groupes : celles que les parties peuvent écarter ou modifier et qui, sous l'apparence d'obligations légales, sont en réalité conventionnelles, et celles purement légales qui, s'imposant aux contractants, doivent être supportées sans changement aucun. Ces obligations légales rentrent, généralement sinon toujours, dans le cadre de l'article 6 du Code civil relatif « aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Elles intéressent par là même l'ordre social et, outre leur exécution forcée directe ou par équivalent, lorsque l'une d'elles est possible, elles comportent souvent une autre sanction. Leur violation est intitulée délit et, comme tel, passible de certaines peines. A la faute contractuelle s'ajoute ou se substitue la faute délictuelle. — Mais lorsque la violation d'une obligation légale ne peut donner lieu à réparation réelle ou par l'allvcation de dommages-intérêts, et même lorsqu'il y a lieu à réparation seulement en vertu de l'article 1382 du Code civil, nous ne nous trouvons plus en présence de véritables obligations. Pothier les nommait des devoirs (1). Pour éviter toute confusion entre les devoirs de pure morale et les obligations légales ci-dessus, nous emploierons pour les reconnaître l'expression « prescriptions légales ».

(1) « Il ne faut pas confondre les obligations et les devoirs. Les devoirs sont en général imposés par la loi ; ils ont pour corrélatif des droits. » Pothier, *Traité des Obligations*, annoté par M. Bugnet, p. 1.

Prises en elles-mêmes et dans leur ensemble, ces obligations subsidiaires, « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », ont une importance diverse suivant le rôle qu'elles jouent, d'après la place qu'elles occupent en rapport avec l'obligation principale. Les unes en sont le dérivé immédiat et participent à son exécution, concourent d'une manière directe à l'accomplissement du contrat ; et leur existence est concomitante à celle de l'obligation primitive. Les autres, au contraire, ne prennent naissance qu'après l'exécution de cette dernière, sont, en un mot, les obligations de l'état créé par la réalisation du contrat. Et nous pouvons dire de tout contrat ce que nous disions du mariage au début de ce chapitre : c'est un contrat d'où naît un état. On voit par là-même que ce qui donne naissance à un état est un fait : l'exécution des obligations contenues dans la convention. Cette exécution éteint les droits de créance qu'avait fait naître l'accord de volontés. A l'élément consensuel qui avait fait naître l'obligation au fait succède l'élément matériel : le fait, qui crée à son tour un état.

34. — Cet état, suite du contrat, souvent même, but du contrat, qui le réglementera ? La réponse à cette question se trouve implicitement contenue dans ce qui vient d'être dit au sujet des obligations dérivées et secondaires en général, et résulte des principes précédemment énoncés. Les obligations de l'état seront donc ou légales ou conventionnelles. Légales si, réglées et

imposées par le législateur, elles ne peuvent être ni écartées ni modifiées par les parties ; conventionnelles, alors même qu'elles seraient formulées dans la loi, mais sous la seule condition d'être soumises pour leur admission ou leur rejet à la libre volonté des contractants. — Par conséquent, tout contrat, dont l'état qu'il engendre est librement réglementé par les intéressés, comprend deux parties. La première est la création des obligations principales, qui rend les contractants créancier et débiteur. La seconde crée les obligations subsidiaires à terme, pour le moment où les obligations premières auront produit leur effet, où naîtra l'état. Dans l'hypothèse inverse, celle de l'état réglementé par la loi, le rôle de la volonté des parties est circonscrit à la première période.

Nous n'insisterons pas sur ce dernier cas mais nous retiendrons le premier, tout en reprenant d'une manière générale la discussion relative aux obligations secondaires. Citons-en tout d'abord un exemple. Dans cet ordre d'idées, on ne saurait en trouver de meilleur que celui de la société. La société est en elle-même la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Cette seule obligation dérive immédiatement du contrat, et, aussitôt les contractants ont vis-à-vis l'un de l'autre la qualité de créancier et de débiteur. Mais cette mise en commun n'est pas le but unique. Une fois réalisée, il y aura société qu'il faudra administrer. La seconde par-

tie de la convention porte précisément sur cet état d'associés, résultat de l'exécution de l'obligation primitive.

Très visible dans la société, cette division l'est beaucoup moins dans les autres contrats. Mais, sans plus tarder, revenons aux obligations secondaires. Pour raisonner, nous prendrons le contrat de vente que nous n'examinerons que d'une seule face, du côté du vendeur.

La vente, a-t-il été dit ci-dessus au chapitre deuxième, est un contrat par lequel une personne appelée vendeur s'oblige à transférer la propriété d'une chose à une autre personne appelée acquéreur... Une seule obligation naît à la charge du vendeur : l'obligation de transférer la propriété du bien vendu (1). Il est en effet aisé de voir que cette seule obligation est nécessaire et suffisante pour former le contrat. X s'engage à rendre Z propriétaire de tel bien, et le contrat est tout entier contenu dans cette convention. Cependant, les obligations que X aura à remplir envers son co-contractant sont beaucoup plus nombreuses. Et si, en vertu de l'article 1135, nous faisons l'application des principes ci-dessus développés, nous trouvons se rattachant directement, comme auxiliaires, à l'obligation principale ci-dessus énoncée, deux obligations secondaires de la première catégorie : celle de conserver la chose vendue, et celle

(1) Nous supposons le transfert seulement promis non immédiatement réalisé. Cette perfection *ex abrupto* est un phénomène voulu par la loi et exceptionnel. Laissons-le de côté.

de la livrer à l'acquéreur. Elles sont de rigueur et concourent à l'exécution de l'obligation principale. Ce sont elles qui contribuent à donner à l'acquéreur la possession effective du bien vendu, possession qui n'est autre que le côté matériel du droit de propriété, celui sans lequel la propriété ne serait qu'un droit illusoire, celui qui est le fait promis par la convention et qui transformerait l'état de créancier en celui de propriétaire si la loi ne déclarait ce transfert parfait dès l'accord intervenu.

Voici donc l'acquéreur devenu propriétaire. Tout est dit et le vendeur semble devoir être entièrement libéré. Il n'en est rien cependant, et s'il n'est plus débiteur proprement dit, il conserve des rapports tout au moins possibles avec son ancien créancier. Il se trouve vis-à-vis de lui dans un certain état. De vendeur il est devenu auteur. Cet état, il pourra, d'une manière générale, le régler d'un commun accord avec son ayant cause. La convention est libre ; abrégeons. Mais, quoi qu'il fasse, il répondra toujours de la garantie de son fait personnel. La loi le lui impose, et c'est là une conséquence immédiate de l'article 6 du Code civil. — En outre, un autre état résulte de la vente exécutée : l'état de propriétaire réglé en grande partie par des dispositions légales.

Comme conclusion à cette discussion un peu longue, nous dirons :

1° Il se peut qu'une ou plusieurs obligations d'une

même série ayant comme source primitive une convention, ait en réalité comme fondement immédiat la loi et non la libre volonté des parties ; et ainsi nous répondons à la question posée en dernier lieu.

2° Si l'élément consensuel forme le contrat, c'est l'élément matériel : l'exécution d'un fait, promis ou non, qui crée l'état.

3° Les conventions des particuliers peuvent s'exercer librement, pour les réglementer ou les modifier, sur les rapports existant entre eux, notamment sur l'état créé par l'exécution de leurs obligations. C'est la règle à laquelle il n'est fait exception que pour la sauvegarde de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Néanmoins, il existe, à l'inverse, une série d'états pour lesquels le principe est tout autre. Sauf exceptions spéciales, interdiction formelle est faite aux particuliers de les modifier. Tous sont groupés sous la dénomination : état des personnes. Et, comme en matière de mariage, c'est une des faces de cet état qu'il faut étudier : l'état d'époux, voyons auparavant ce qu'il est et le pouvoir que les particuliers possèdent sur lui.

SECTION II. — De l'état des personnes.

35. — « L'état d'une personne est l'ensemble des qualifications juridiques qu'elle peut porter ; c'est aussi chacune de ces qualifications en particulier et la condition qui y répond. Les qualités de Français ou d'étran-

ger, d'époux, de père, de mère, d'enfant légitime, naturel, adoptif, etc... sont autant d'états différents ; à chacune de ces qualifications ou qualités correspondent certains droits et obligations qui en découlent : chacune d'elles constitue un état juridique » (1). On voit de suite qu'il y a lieu, dans l'état de toute personne, de « distinguer l'état de cité (*status civitatis*), et l'état de famille (*status familiæ*) » (2). Ce dernier seul doit nous occuper ; et, pour l'examiner d'une manière satisfaisante, nous l'étudierons dans ses diverses manifestations.

L'homme naît et aussitôt il fait partie d'une famille : il est enfant légitime ; ou tout au moins il possède vis-à-vis de ses père et mère l'état d'enfant naturel s'il est né hors mariage. De plus, il se trouve rattaché par les liens de la parenté aux parents de ses auteurs s'il est issu d'une union légitime. Cet état est de suite irrévocable. Mais, s'il ne peut modifier celui-ci, l'homme peut en acquérir d'autres : celui d'enfant adoptif ou adoptant, et celui d'époux (et indirectement d'allié) qui, créé par le mariage, peut être perdu par le divorce. Adoption, mariage et divorce, tels sont les trois faits, les seuls, qui créent (adoption et mariage) ou détruit (divorce) un état ; auxquels cependant il faut ajouter la naissance qui, considérée du côté des auteurs, engendre l'état de père et

(1) Beudant, *op. cit.*, t. I, p. 163.
(2) Aubry et Rau, t. I, p. 259.

de mère. D'autres auteurs (1) considèrent aussi comme causes modificatrices d'état : l'émancipation (à quoi il faut sans doute rattacher la majorité), l'interdiction, la nomination d'un conseil judiciaire et la séparation de corps. Mais il y a là confusion entre l'état et la capacité juridique qui n'est autre que l'aptitude à devenir le sujet de droits et d'obligations. Ce n'est pas en effet sur l'état que ces cinq faits influent, ils ne font que modifier la capacité juridique (2). Laissons-les donc de côté, et revenons à l'état proprement dit et à ses sources signalées précédemment.

36. — Quelle est, dans chacune d'elles, la part de volonté des intéressés ? Première question à résoudre que nous ferons suivre de cette autre : quel est le caractère des droits et des obligations correspondant à chacun de ces états ?

Disparaissant presque en ce qui concerne la naissance de l'état de père, d'enfant et de parent ; mitigée dans le divorce, la volonté des intéressés apparaît comme souveraine dans le mariage et l'adoption. Cette souveraineté s'affirme même d'une manière impérative, et c'est ce caractère qui a fait classer ces deux faits au nombre des contrats. Laissant de côté le divorce et le mariage, il nous faut dire un mot de l'adoption.

L'adoption est-elle réellement un contrat ? Sans aucun doute. Mais est-elle une cause modificatrice de l'é-

(1) Beudant, *ibid.*
(2) Aubry et Rau, t. I, p. 259.

tat, directement et par elle-même ? voilà un point sur lequel nous croyons bon de nous arrêter quelques instants. Les devoirs et les obligations qui existent entre l'adoptant et l'adopté sont imités des droits et obligations résultant de la paternité et de la filiation naturelles. Ce sont là les obligations de l'état. Mais l'adopté et l'adoptant ne sont pas tenus desdites obligations parce qu'ils ont cet état. Ils ont cet état parce qu'ils ont l'un envers l'autre des droits et des devoirs. Et, en parlant ainsi, nous ne faisons qu'appliquer tout ce qui a été dit du contrat dans ce chapitre, à savoir que les contrats rendent seulement les parties en présence créancière et débitrice. En un mot, ce qui naît directement de la convention des parties n'est pas l'état d'adopté et d'adoptant, mais une série de droits et d'obligations dont la réunion fait donner aux intéressés les noms précités. L'adoption n'a plus, en effet, le même caractère qu'en droit romain, et, si elle peut encore arriver à donner l'illusion de la paternité, elle a principalement pour but « de favoriser l'expression de la plus haute reconnaissance de l'homme envers son semblable pour des services au-dessus de toute récompense » (1). A prendre les choses dans leur sens exact, l'adoption n'est, en somme, qu'une donation exceptionnelle qui, comme toute donation, met à la charge du donataire des obligations en rapport avec la donation dont il est le béné-

(1) C. Demolombe, *Traité de l'adoption*, Paris, 1875, p. 5.

ficiaire. Il serait par conséquent plus juste de faire de l'adoption un chapitre spécial au titre des donations que d'y voir une convention portant directement sur l'état des personnes. L'adoptant est un donateur, l'adopté un donataire, et le contrat d'adoption fait naître des créanciers et des débiteurs, peu importe le nom qu'on leur donne : adoptant ou donateur, adopté ou donataire.

C'est là la notion qui nous paraît exacte, vu l'état de nos mœurs, l'usage restreint de cette institution et ses effets. L'adopté demeure en effet dans sa famille naturelle et la prédominance un moment demandée de la paternité civile sur la parenté naturelle est bien loin des esprits. La nature conserve ses droits et la naissance demeure toujours par elle-même une source directe de droits et de devoirs.

L'enfant, par le fait même de sa naissance, se trouve vis-à-vis de ses auteurs dans un certain état : enfant légitime ou naturel. Il n'a pour sa part aucune volonté dans ce fait. Mais la naissance engendre la paternité et, au point de vue légal, celle-ci est purement volontaire. Si tel homme acquiert l'état juridique de père vis-à-vis de tel enfant, c'est qu'il le veut bien, c'est parce que, spontanément, il vient déclarer à l'état civil cet enfant comme étant le sien. Cette volonté est manifeste ; il faut en déterminer le rôle et l'importance. Pour tout préciser d'un mot, il suffit de connaître sur quoi porte la déclaration faite à l'état civil. Elle porte sur le fait même

de la naissance et c'est de ce fait légalement connu que découlent les obligations civiles qui incombent au père. Rien de plus simple, et il n'y a pas lieu de s'étonner que les obligations ne dérivent pas d'un engagement des parents. Et pourtant, la Révolution, avide de tout réduire en conventions suivant le système de J.-J. Rousseau, aurait pu ériger cette déclaration en contrat. Elle y avait même trouvé l'occasion d'une belle cérémonie civique où les parents venaient solennellement déposer le nouveau-né sur l'autel de la Patrie. Le Code aurait pu conserver cette institution tout en la modifiant et transformant la déclaration des parents en promesse de tenir les engagements dictés par la nature et répétés par la loi, devant l'officier de l'état civil, représentant la société et l'enfant qui vient de naître. Parodie du sacrement de baptême, comme le mariage civil l'est du sacrement de mariage ! On ne le fit pas cependant et nous en voyons deux raisons : la première est que l'Etat n'avait nullement besoin de cette innovation grotesque pour sa lutte contre l'Eglise ; la seconde est l'apparition trop évidente du rôle de la nature.

Pour le côté juridique, nous dirons que l'état existe en fait avant d'avoir une existence légale, que c'est la déclaration volontaire des parties qui la fait naître, mais que, cette existence une fois obtenue, les obligations qui en découlent se rattacheront directement à l'état naturel sans s'arrêter à donner la prépondérance à la volonté des déclarants. D'où il faut conclure que les

père et mère sont tenus de certaines obligations parce qu'ils ont ledit état, non pas qu'ils ont cet état par suite de certaines obligations (différence avec l'adoption). De même pour l'enfant et, d'une manière générale pour les membres d'une même famille, pour tout possesseur d'un des états de la personne. Décisions dont nous nous servirons plus tard pour le mariage.

Quant aux obligations de l'état des personnes, nous avons déjà vu que la volonté des parties intéressées y est totalement étrangère. Elles sont donc imposées par la loi sans qu'il soit possible de les écarter ou de les modifier. Ce sont donc des obligations légales dans le sens précédemment déterminé. Inutile de les étudier davantage. Nous aurons tout dit si nous faisons remarquer que ces obligations légales sont la sanction de véritables obligations naturelles existant en dehors de toute législation positive, et que, au point de vue juridique, elles sont des « prescriptions légales ».

*
* *

Les dispositions contenues dans ce chapitre nous fournissent d'importants éléments pour la discussion de notre thèse. Résumons-les d'un mot:

Un accord de volontés est un contrat s'il engendre des obligations, s'il rend créancière et débitrice les parties en présence.

Le propre de l'obligation est l'exécution.

Les obligations civiles dérivent de deux sources prin-

cipales : le contrat et la loi ; d'où obligations conventionnelles, obligations légales et prescriptions légales.

Les obligations légales sont ou la suite d'obligations conventionnelles (art. 1135), ou attachées à un état; leur violation est une faute délictuelle lorsqu'elles rentrent dans le cadre des prescriptions légales.

Tout état naît d'un fait que la loi prend en considération. Ce fait peut avoir été promis par un particulier à un autre, avoir été l'objet d'une obligation contractuelle.

Cet état est librement réglé par les intéressés s'il ne concerne pas l'ordre public ou les bonnes mœurs, et s'il n'est pas l'un des état de la personne.

Convention et état. Tel est le mariage dans la doctrine officielle. Est-ce rigoureusement exact ? L'étude des obligations du mariage nous l'apprendra. Nous examinerons et leur caractère et leur source. Nous arriverons ainsi à grouper tout ce qui a rapport à l'état, et, dégagé de tout élément susceptible de créer des confusions, le contrat devra nous apparaître sous son vrai jour. Le plan de cette étude se trouve de ce chef imposé par la marche de la discussion. Et les chapitres suivants porteront successivement sur les effets, la formation et la dissolution du mariage.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DU MARIAGE.

37. — Les effets du mariage sont multiples, et Pothier en cite jusque quatorze. Mais, considéré au seul point de vue qui nous occupe, il n'en produit que quelques-uns, nettement déterminés par le Code civil. Deux chapitres entiers y sont consacrés au titre V du Livre Premier : le chapitre v intitulé : « Des obligations qui naissent du mariage », et le chapitre vi consacré à l'énonciation « Des droits et devoirs respectifs des époux ».

Les dispositions de ces deux chapitres semblent former ensemble un tout unique et complet s'imposant au même titre, et il n'est pas rare de voir les obligations des articles 203 et suivants mises sur le même pied que les devoirs des articles 212-214 (1). Cependant, nous remarquons entre eux des différences considérables, et il serait préférable, croyons-nous, de noter une triple division qui donnerait trois groupes au lieu de deux chapitres.

Dans le premier groupe prendrait place le chapitre v en entier. Sa place ne se trouve pas en effet au titre

(1) P. Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 384.

« Du mariage » et, rationnellement on devrait en faire un titre spécial sous l'intitulé « Relations de famille ». L'obligation alimentaire qu'il contient n'a d'ailleurs sa source indirecte dans le mariage que dans la moitié de ses cas. Ceux-ci sont au nombre de quatre : aliments dus par les parents aux enfants, aliments dus par les enfants aux parents ; aliments dus par les gendres et belles-filles à leurs beaux-parents, et réciproquement. Les deux premiers dérivent, non du mariage, mais de la paternité et de la filiation. Aucun doute à ce sujet ; nous en avons une preuve irréfutable dans l'existence des mêmes obligations à la charge des parents et enfants naturels. C'est la naissance qui produit ces obligations, non le mariage. Et si les liens du sang engendrent ces deux cas, les deux autres résultent de l'alliance et c'est bien indirectement qu'ils se rattachent au mariage, l'alliance étant un des effets sociaux du mariage. En somme, le chapitre v est presqu'étranger au sujet. C'est de parenté et d'alliance qu'il s'agit, non de mariage (1).

Le deuxième groupe comprendrait ce que nous appellerons les effets du mariage. Ce sont ceux qui se trouvent inscrits dans les articles 212, 213, 214 du Code civil, ainsi conçus :

Art. 212. — « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. »

Art. 213. — « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. »

(1) Ch. Beudant, *op. cit.*, p. 417-419.

ART. 214. — « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie, selon ses facultés et son état. »

Les dispositions des articles 215-226 formeraient le troisième groupe. Or, ces articles consacrent l'incapacité de la femme mariée. C'est donc là, comme en toute autre incapacité : minorité, interdiction judiciaire, émancipation, une question de capacité juridique, rien de plus. Elles touchent par ailleurs aux conventions pécuniaires connues sous le nom de « contrat de mariage » ; et les régimes matrimoniaux peuvent modifier, par le jeu de leurs clauses, cette incapacité juridique.

Ne rentrent donc dans le cadre de cette étude que les dispositions des articles 212, 213, 214. Ce sont elles, et elles seules que nous allons discuter, en y ajoutant toutefois le principe de l'autorité maritale qui s'en dégage.

38. — Nous avons indiqué, dans le chapitre précédent, que « tous les effets de l'obligation se résument en un seul mot : l'exécution », et que cette dernière est la caractéristique de l'obligation civile contractuelle (n° 32). En face des obligations des articles 212-214 : fidélité, secours, assistance, protection, obéissance, vie commune, la première question à résoudre est celle de savoir si ce sont là de réelles obligations civiles et contractuelles. Pour y répondre, leur mode d'exécution doit être examiné. Nous le ferons successivement pour

chacune desdites obligations en nous basant sur ce qui a été dit plus haut et que nous allons rappeler d'un mot.

En matière de contrat et, en général, en matière d'obligations, toute personne peut ou faire appel à la force publique pour faire exécuter les engagements contractés envers elle ou les devoirs imposés à son profit par la loi à une autre personne ; ou se faire allouer par les tribunaux des dommages-intérêts dans le cas où l'exécution forcée est impossible. Tout engagement, toute obligation qui ne peut, par la nature de son objet, donner lieu à l'une ou l'autre de ces deux solutions n'est pas une obligation civile contractuelle. Mais, si elle se trouve cependant édictée par la loi à titre de prescription dont la violation est passible d'une pénalité, elle est réellement une obligation civile. Seulement, sa violation est considérée non plus dans les rapports de deux ou plusieurs personnes entre elles, mais dans les rapports d'un individu (le délinquant) avec la société. Il n'y a plus là violation de contrat, mais délit.

Ceci dit, appliquons ces principes aux obligations ci-dessus mentionnées.

La fidélité a un caractère purement négatif, et, en l'édictant, l'article 212 impose aux époux une simple abstention, leur fait une défense. L'exécution forcée est ici hors d'application et cela en vertu des principes ci-dessus posés. La seule éventualité à prendre en considération est par conséquent l'allocation de dommages-intérêts (n° 32).

Mais ces dommages-intérêts ne sont pas toujours applicables. Consistant en une somme d'argent, « le seul usage auquel les dommages-intérêts soient propres consiste à remettre dans la fortune du créancier la valeur pécuniaire dont elle a été diminuée » (1). Or, dans le cas dont s'agit, le préjudice causé n'affecte en rien la fortune de l'un des époux et nous ne sommes en présence que d'un préjudice extra-patrimonial. Une condamnation prononcée de ce chef serait illégale. Elle « affecterait le caractère de peine privée » (1) et serait contraire aux principes mêmes du droit pénal : *Nulla pœna sine lege*. Dans certains cas, il est vrai, le préjudice moral peut servir de base à une réclamation en dommages-intérêts, mais dans le cas seulement où il engendre un préjudice pécuniaire (2) ; il ne donne pas lieu par lui-même à réparation pécuniaire. On peut peut-être discuter cette opinion d'une manière générale et notamment au point de vue spécial du préjudice résultant de la lésion d'un intérêt d'affection (3), mais il nous semble que le doute n'est pas permis en ce qui concerne l'infidélité. On ne peut, en effet, concevoir un époux outragé et déshonoré se contenter comme équivalent de son bonheur perdu d'une somme d'argent aussi considérable qu'elle soit.

(1) Meynial, *Revue pratique*, 1884, p. 440.
(2) Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. I, p. 422.
(3) « De l'intérêt d'affection », par M. Chausse, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLIVe année, nouvelle série, t. XXIV, Paris, 1895, p. 436 et suiv.

Peut-être s'en trouvera-t-il pour accepter marché aussi inqualifiable, peut-être ne sommes-nous plus au temps « où un époux outragé, même dans les dernières classes du peuple, eût été noté d'infamie s'il avait poursuivi devant les tribunaux une réparation pécuniaire » (1), la loi ne doit certainement pas s'y arrêter.

Les dommages-intérêts ne peuvent donc servir de sanction à l'obligation de fidélité. Est-ce à dire qu'elle en soit totalement dépourvue, et que les époux pourront impunément trangresser leur devoir ? Non, et il est courant, au contraire, de dire qu'elle en possède deux : l'une pénale, l'autre civile.

La première se trouve réglementée dans le Code pénal aux articles 336-339. Elle concerne la violation du devoir de fidélité, et cette violation est érigée en délit social (2) sous le nom d'adultère. L'action exercée contre le coupable est une action publique ; sa mise en mouvement subordonnée à une plainte de la victime n'en change pas le caractère. L'époux adultère est puni non pour avoir méconnu un engagement contractuel quelconque, mais pour avoir commis un délit spécifié par la loi « un attentat aux mœurs ». Ce sont là d'ailleurs les expressions mêmes de la rubrique de la section IV du titre II au livre III du Code pénal où se trouvent les ar-

(1) De Bonald, *Du divorce considéré au XX[e] siècle relativement à l'état domestique et à l'état public de société*, p. 178.

(2) R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 6[e] édit. Paris, 1898, p. 489, n° 379.

ticles précités. La condamnation édictées est pénale en tous points. Et si c'est la plainte de la victime qui la détermine, elle n'a pas lieu à son profit. La femme convaincue d'adultère est en effet passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans, et le mari d'une amende de cent francs à deux mille francs. Le châtiment infligé au complice de la femme achève de nous convaincre ; nous sommes donc réellement en présence d'un délit et la sauvegarde de l'intérêt public est le but de ces dispositions. C'est par tempérament que son action est soumise à une plainte préalable des conjoints (1).

Mais, en même temps que délictuelle une faute peut être contractuelle. Il existe, en effet, quelques délits qui, en définitive, ne sont qu'une face de la violation d'un engagement contractuel. Certaines conventions sont considérées par la loi comme intéressant l'ordre public, l'intérêt du contractant est inséparable de celui de la société. Une inexécution de contrat peut donc, à titre subsidiaire, être classée parmi les délits et avoir une sanction pénale. Dans ce sens, nous citerons comme exemple la violation par le dépositaire de ses engagements, qui, en même temps que faute contractuelle, constitue une faute délictuelle connue sous le nom d'abus de confiance.

(1) Le cas n'est pas isolé. Citons entre autres les actions par suite de : rapt par séduction, délits de chasse ou pêche dans les propriétés d'autrui, contrefaçon industrielle, diffamation, injures, offenses, outrages. V. R. Garraud, *op. cit.*, p. 497 et s., nos 378-384.

L'adultère rentre-t-il dans cette catégorie de fautes mixtes et présente-t-il deux aspects : un délit social puni des peines ci-dessus énoncées, et, à titre principal, l'inobservation d'engagements contractuels ?

Nous avons déjà vu que l'exécution réelle ou par équivalent était impossible en matière de fidélité. Nous pourrions donc sans plus tarder conclure à l'inexistence du caractère contractuel de ladite obligation. Mais, devant la sanction civile ci-dessus énoncée, il faut attendre, avant de se prononcer définitivement, de savoir ce qu'est en réalité cette sanction.

Les auteurs la désignent volontiers sous le nom de « peine civile ». Elle n'est autre que la faculté accordée à chacun des époux de demander la dissolution du mariage pour cause d'adultère de son conjoint. Cette sanction est le divorce. Or, le divorce met fin aux obligations réciproques des époux, et si les tribunaux les annulent, c'est à cause de l'inexécution de cesdites obligations par l'un d'eux, et à la demande de l'autre. L'analogie avec la résolution des contrats synallagmatiques pour défaut d'exécution des obligations par l'un des contractants, est frappante. Mais il faut n'y voir qu'une analogie. Je m'explique.

Un contrat est dit synallagmatique lorsque les contractants en présence s'engagent l'un envers l'autre à diverses obligations. Les obligations souscrites par l'un sont, pour employer le langage courant, la cause de l'engagement de l'autre. Chacun d'eux a droit à

l'exécution des promesses de l'autre, mais à la condition de s'acquitter lui-même de ce qu'il doit. Si l'un d'eux ne remplit pas ses engagements, l'autre peut, suivant les principes du droit commun, demander l'exécution de ce qui lui est dû ou se faire allouer des dommages-intérêts. De plus, l'article 1184 du Code civil lui permet, s'il le préfère, de demander la résolution du contrat avec dommages-intérêts. Trois situations peuvent donc se présenter en cas d'inexécution d'engagement provenant d'un contrat synallagmatique : exécution forcée, dommages-intérêts, résolution avec dommages-intérêts.

Pour le devoir de fidélité, ce dernier cas peut seul se présenter sans dommages-intérêts. Ce n'est donc que par un seul côté, bien imparfait et incomplet, que le mariage, au point de vue des suites en cas d'inexécution de ladite obligation, se rapproche des contrats synallagmatiques. C'est peu pour faire de l'adultère une violation d'engagement contractuel, surtout si l'on considère que par ailleurs cet adultère est un délit, et que le divorce peut aussi être prononcé dans deux autres cas qui ne sont également que des délits : excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; délits ayant entraîné condamnation de l'un d'eux à une peine afflictive et infamante. La jurisprudence nous autorise d'ailleurs ainsi que la doctrine, à soutenir cette opinion, puisqu'elle met au nombre des délits compris sous la dénomination vague d'injures graves de l'arti-

cle 231 du Code civil autorisant le divorce, la violation des autres obligations du mariage : secours, assistance, protection, obéissance, et notamment vie commune. Aucun doute ne peut plus subsister si l'on se reporte au principe du divorce, peine civile. Nous retrouverons cette idée dans le chapitre VI ; ne nous y arrêtons pas pour le moment. Ce que nous avons dit suffit pour affirmer que l'adultère n'est qu'un délit et que le devoir de fidélité ne produit pas les effets de toute obligation contractuelle : l'exécution. Elle est bien une obligation civile, mais elle n'apparaît pas comme étant contractuelle ; elle est une « prescription légale » En un mot, la fidélité est un acte essentiellement moral qui ne fait nullement partie des droits strictement ou juridiquement exigibles, qui n'est point *in bonis* comme disaient les jurisconsultes romains (1).

38 *bis*. — Le travail qui vient d'être fait pour le devoir de fidélité doit être repris pour chacune des autres obligations des articles 212-214. Cependant, l'utilité de cet examen en ce qui concerne les devoirs de secours, assistance, protection et obéissance nous paraît trop minime pour nous arrêter à leur discussion. Ils sont des obligations de faire où l'intervention personnelle du débiteur est indispensable. L'obligation de la vie com-

(1) J. Tissot, doyen de la Faculté des Lettres de Dijon, *Le mariage, la séparation et le divorce, considérés au point de vue du droit naturel, du droit civil, du droit ecclésiastique et de la morale, suivie d'une étude sur le mariage civil des prêtres*, 1868.

mune possède également ce caractère. Nous nous tiendrons donc purement et simplement à la discussion de cette dernière.

Au point de vue de l'exécution forcée, directe ou par équivalent, de l'obligation de la vie commune, les avis sont partagés. En réalité, la doctrine et la jurisprudence ont essayé, sans résultat appréciable, de forcer les époux à la cohabitation. Les moyens employés furent au nombre de deux.

Le premier est le plus énergique et le moins recommandable. Il est direct et consiste à mettre la force armée à la disposition de l'époux requérant. Par exemple, toute femme ayant quitté le domicile conjugal, sera, sur la demande du mari, appréhendée par deux gendarmes et ramenée sous bonne escorte au logis qu'elle n'aurait pas dû quitter. Malheureusement, outre que le procédé est peu en rapport avec l'état de nos mœurs et de nos idées sur la liberté individuelle, il a l'énorme désavantage de n'aboutir à aucun résultat. Aussitôt ramenée à son mari, la femme pourra s'enfuir à nouveau et tout sera à refaire. L'hypothèse inverse ne reçoit pas davantage de solution, car si le mari ne veut pas recevoir sa femme chez lui, aucune intervention même armée ne pourra l'y contraindre. Le moyen n'est donc pas efficace, peut-être même n'est-il pas légitime. Quoi qu'il en soit, il eut cependant de nombreux partisans (1)

(1) Notamment Demolombe (II, p. 122) ; Vazeille (II, n° 291) ; Toullier (t. XIII, p. 109) ; Zachariæ (t. III, p. 312) ; Valette (p. 117-118,

et cette manière de voir fut adoptée par de nombreux jugements et arrêts (1). D'autres, au contraire, refusèrent cette exécution *manu militari* (2), et aujourd'hui les partisans de cette dernière deviennent de plus en plus rares.

Cette exécution *manu militari* est, en outre, contraire aux principes de droit commun, car, si certains créanciers peuvent obtenir sans le concours de leur débiteur ce qui leur a été promis, cette possibilité cesse « lorsque cette exécution nécessiterait l'usage de la violence sur la personne du débiteur » (3). C'est là l'avis de Pothier (4) pour qui la maxime : *Nemo præcise cogi potest ad factum* n'a « d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur », auquel il ne pourrait être « contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté ». Exécuter ainsi semblable obligation « serait une violence qui ne peut être un mode d'exécution » (5).

Mais si cette contrainte directe ne peut être em-

sur Proudhon, t. I, p. 453, note a) ; Demante (t. I, n° 297 *bis*, III) ; Marcadé, Troplong, Odilon Barrot, Coin-Delisle.

(1) Paris, 29 mai 1808, S. 08.2.199; Pau, 12 avril 1810, S.10.2.241 ; Cass., 9 août 1826 ; Dijon, 25 juillet 1840, D. 40.2.281 ; Paris, 31 mars 1855, D.55.2.284, S. 55.2.494 ; Nîmes, 20 février 1862, et Pau, 11 mars 1863, D. 63.2.193, S. 63.2.161.

(2) Colmar, 10 juillet 1833, D. 84.2.127 ; Aix, 22 mars 1884, S. 84. 2.93 ; Toulouse, 24 août 1818, S. 21.2.249.

(3) Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. I, p. 390.

(4) *Traité du louage*, n° 66.

(5) Bigot-Préameneu, dans : Fenet, XXII, p. 132, Locré, XII, p. 329, n° 38.

ployée, n'existe-t-il pas d'autres moyens de parvenir à imposer aux époux cette vie commune. A la contrainte physique ne peut-on pas substituer une contrainte morale ? C'est ce que prétendent beaucoup d'auteurs et certains même pensent que la menace de l'exécution *manu militari* suffirait parfois pour obtenir semblable résultat. La peur du scandale amènerait les époux à demeurer ensemble et remplir ainsi leur devoir. Moyen qui semble des plus insuffisants et qui a le désavantage que tous possèdent en telle matière et que nous signalerons par la suite.

La doctrine en a proposé d'autres, les magistrats en ont inventé. Tous se résument en une exécution sur les biens. Ce sont d'abord les dommages-intérêts admis par Pothier (1), lorsque le mari refuse de recevoir sa femme. Mais ici, comme pour le devoir de fidélité, cette opinion est insoutenable. Le fait promis est inappréciable en argent et la lésion extra-patrimoniale qui résulte de son inexécution, ne peut être remplacée.

C'est ici que se place le système des astreintes, véritable innovation de la jurisprudence. Institution hybride tenant des dommages-intérêts et de la peine, elle a, dans la matière des contrats, le grand avantage d'être pratique. Elle consiste en une condamnation prononcée contre le débiteur en faute, condamnation double qui porte et sur l'obligation à exécuter et sur une certaine

(1) Œuvres de Pothier, annotées par M. Bugnet, 2e édit., t. VI, Paris, 1901, *Traité du contrat de mariage*, p. 174, n° 380.

somme d'argent à payer au créancier par jour de retard. L'énormité du chiffre est la caractéristique du système. Pour éviter une perte qui serait peut-être pour lui la ruine, le débiteur s'empresse d'exécuter son obligation et tout est dit. Les astreintes ont produit leur effet.

Employé en matière de mariage, principalement pour l'obligation de la vie commune, ce système peut donner des résultats. Mais, ici comme dans tous les autres cas son application est considérée comme illégale. Elle est très souvent regardée comme une véritable peine (et ici elle serait uniquement une peine puisque les dommages-intérêts sont inapplicables) au profit des particuliers, peine violant la disposition de l'article 1142 du Code civil (1), et se trouvant en contradiction avec « deux principes fondamentaux du droit pénal : 1° il n'y a pas de peine sans texte ; 2° il n'y a pas de peine arbitraire » (2). Ce qui est surtout vrai, c'est que, si l'on peut arriver à atténuer et peut-être même faire disparaître ce caractère pénal par une explication différente, on ne peut totalement approuver le magistrat qui se substitue au législateur d'une manière aussi flagrante et complète.

Ce caractère de peine illégale et arbitraire se retrouve dans chaque espèce d'exécution sur les biens, que ce

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 64 ; Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. I, p. 440.

(2) Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. I, p. 396.

soit sous la forme de privation de la dot ou des avantages matrimoniaux, ou même de saisie des revenus de la femme, ou de refus d'aliments par le mari en cas de refus de cohabitation de la part de la femme (1).

En résumé, tous les moyens proposés et parfois admis, sont ou illégaux ou inefficaces, souvent même les deux à la fois. Recevraient-ils plein et entier effet (en apparence tout au moins), nous ne pourrions y souscrire. Que la contrainte soit morale ou physique, directe ou indirecte, il est toujours vrai qu'il y a contrainte, ce qui exclut la vie commune. Ah ! si l'on prend à la lettre les dispositions de l'article 214 il est bien certain que cette contrainte produira un effet suffisant ; mais si l'on va au fond des choses, on change complètement d'avis. Le mariage est une vie en commun, c'est-à-dire une union constante. Et obliger les époux à demeurer ensemble malgré eux, alors que manquent « les trois vertus théologales du mariage : la confiance, l'affection et le respect », (2) c'est transformer l'union matrimoniale en une géhenne intolérable. Ce n'est pas ce que les auteurs du Code ont voulu, ce n'est pas ce qu'il faut désirer. « Donc, pas de devoir de contrainte possible à cet égard. Ce qui a conduit les jurisconsultes à l'idée contraire, c'est la fausse supposition qu'il y ait en ceci un engagement juridique, un contrat dont la

(1) C. Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps* (1874), t. II, p. 115.

(2) Ch. Beudant, t. I, p. 435.

matière n'aurait rien d'exceptionnel ; il ne peut avoir sa sanction comme il n'a son origine que dans l'amour(1). » La bonne harmonie dans les familles doit certainement être l'objectif de tous, mais il nous semble difficile d'intervenir d'une manière efficace sans être trop rigoureuse pour l'application de prescriptions qui, bonnes en soi, sont parfois la source de grandes difficultés entre les époux. D'où légère tendance à accorder aux époux une assez grande liberté dans l'appréciation de ces questions.

La jurisprudence est en ce sens et, ainsi que l'admettent la plupart des auteurs, sinon tous, elle voit dans le refus de vivre en commun une injure grave qui, rentrant dans le cadre de l'article 231, autorise la demande en divorce ou en séparation de corps.

39.—L'obligation de vivre en commun, comme les devoirs de fidélité, secours, assistance, protection et obéissance, se présente donc, sous le rapport de la sanction, non comme un engagement contractuel, mais comme une prescription légale dont la violation constitue un délit. — Et, si nous rapprochons la manière de s'exprimer de Pothier qui classait ces prescriptions légales et leurs corrélatifs sous la dénomination de devoirs et de droits (n° 33), de la rubrique du chapitre VI où se trouvent inscrites ces obligations : « Des droits et des devoirs respectifs des époux », nous nous croyons en droit de

(1) Tissot.

conclure que les auteurs du Code, s'inspirant de Pothier, leur guide habituel, n'ont pas employé ces expressions à la légère et que ce sont bien là des prescriptions légales dans le sens ci-dessus signalé.

D'ailleurs, tout le monde semble être d'un avis unanime à ce sujet : les dispositions des articles 212-214 sont d'ordre public, et comme telles soumises à l'article 6 du Code civil qui interdit toute modification. Elles sont donc imposées par la loi. Voilà qui est hors de doute. Mais s'en tenir à cette conclusion serait insuffisant, et il y a lieu de rechercher si ces obligations rentrent seulement dans le cadre des dispositions relatives à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou si elles sont quelque chose de plus.

Que faut-il entendre par ordre public et bonnes mœurs ? Quelles sont les dispositions aptes à les sauvegarder ? Quels sont, au contraire, les actes y portant atteinte ?

Ces questions peuvent être considérées de deux manières différentes : d'une manière générale, absolue ; d'une manière purement relative et dans telle législation particulière. Lorsqu'on ne les envisage que sous ce dernier aspect, il est difficile d'arriver à une solution bien nette, les dispositions législatives manquant de précision à cet égard. Les résoudre d'une manière détaillée lorsqu'on ne les envisage que sous le premier aspect est, à plus forte raison, chose malaisée. Mais il est tout au moins possible de poser le principe admis.

Sont d'ordre public et concernent les bonnes mœurs les prescriptions que le législateur, à tort ou à raison, enjoint comme telles. Et le législateur se base, pour faire ce travail, sur des données des plus changeantes. Les mœurs sont en effet chose très variable, et telle loi, d'ordre public aujourd'hui, sera abrogée demain. La stabilité de ces dispositions est donc toute relative et rien ne garantit contre un changement dans la législation, consécutif à un changement dans les idées et la manière de voir. Ces règles ne sont donc pas les premières d'après leur importance puisque soumises à une variation possible. Mais, au-dessus d'elles et même peut-être parmi elles, il en est d'autres absolument invariables et inamovibles, parce qu'elles ne sont à vrai dire que l'expression et la consécration d'un état existant, d'obligations dépendant de la nature des choses dont elles sont la suite inévitable. Celles-là, non seulement les particuliers doivent les respecter dans leur ensemble et jusque dans leurs moindres détails, mais les pouvoirs publics eux-mêmes ne peuvent les modifier sous peine de méconnaître l'ordre établi par la nature. Elles sont au-dessus d'eux, et c'est en partant d'elles qu'ils doivent légiférer.

Ces quelques explications font voir nettement ce qu'il nous faut rechercher. C'est si les obligations des articles 212-214 sont imposées aux époux par le législateur qui s'appuie pour cela sur une base différemment appréciable, ou si ces obligations s'imposent

d'elles-mêmes et d'une manière impérative au législateur qui ne fait que les transcrire pour en assurer la sauvegarde. C'est s'il y a « en matière de mariage, un droit naturel et primordial auquel la loi elle-même doit se conformer » (1). D'où nous avons à nous demander si les articles 212-214 pourraient subir une modification sans qu'il fût porté atteinte à la nature des choses.

Nous ne le croyons pas, et il semble bien difficile de concevoir des époux dispensés de ces obligations. La fidélité s'impose. L'indissolubilité est, comme nous l'indiquerons plus tard, le principe de toute association conjugale. Or, la fidélité n'en est qu'une des faces. Sans devoir de fidélité, il n'y aurait pas d'indissolubilité, partant de là pas de mariage. Les devoirs de secours et d'assistance sont tout aussi indispensables, et point n'était besoin d'énoncer semblables obligations pour en assurer l'existence. Qui dit union, association, comporte évidemment cette aide réciproque que renferme cette double obligation. Pas de mariage non plus sans vie commune, car sans vie commune pas d'union sociale, pas d'union durable.

Jusqu'ici, nous voyons que ces obligations sont quelque chose de plus que de simples dispositions d'un intérêt supérieur. Elles sont une suite inéluctable de tout mariage, et, si elles disparaissaient, si elles cessaient d'être observées, il y aurait peut-être encore là une

(1) P. Ch. Daniel, *op. cit.*, p. 90.

institution sociale connue sous le nom de mariage, mais ce ne serait plus le véritable mariage qui, en droit naturel, est l'union complète de l'homme et de la femme.

40. — Pour en finir avec ces sortes de considérations, un mot sur l'autorité maritale, sur le rôle des époux en général.

Nous pensons pouvoir établir *a priori* que ce rôle des époux est réglé par l'ordre naturel des choses, non par le législateur. Il est facile de s'en convaincre. Lorsque les pouvoirs publics édictent certaines prescriptions à titre général, sur quoi se basent-ils ? sur ce qui existe déjà à l'état habituel. Très souvent, presque toujours lorsqu'il s'agit de conventions, cet état a été créé peu à peu par les particuliers qui s'y sont référé chaque fois que s'est présentée semblable situation. Le mariage nous est bien présenté par la doctrine officielle comme une convention, mais soutenir que le rôle de chacun dans cette association a été créé par de simples particuliers, ces particuliers fussent-ils législateurs, serait sans nul doute dépasser les bornes permises. Si les parties ne l'ont pas créé, elles l'ont subi, et c'est la nature elle-même qui le leur ont imposé. Au point de vue purement naturel, il n'est pas d'hésitation possible ; le rôle du mari est bien différent de celui de l'épouse, et celui de la mère est absolument en dehors de toute convention. Quant aux conséquences civiles, poser la question c'est la résoudre. Il faut en effet rattacher ces effets à un principe, et ce principe est l'union naturelle. A cet endroit

de notre travail, cette allégation semble gratuite, les développements du chapitre suivant devant traiter de la formation du mariage. Bien que réservant la question, nous pouvons néanmoins faire remarquer que la dépendance de la femme vis-à-vis du mari tient à la prédominance de l'homme sur la femme au point de vue physique. « Cette distinction qui existe dans leur être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs respectifs. Sans doute, dans le mariage, les deux époux concourent à un objet commun, mais ils ne sauraient y concourir de la même manière (1). » Et s'il est vrai que l'homme et la femme sont égaux, il ne faut pas oublier « que la véritable égalité consiste dans l'application à chacun de la mesure exacte qui lui convient » (2). L'homme, ayant été créé plus fort que la femme, il s'impose à tous que le mari devra protéger sa femme. Et comme tout devoir est la corrélation d'un droit, qu'à tout devoir correspond un autre devoir, la femme, en vertu de la protection qu'elle reçoit de son mari autant que de sa propre faiblesse, lui doit obéissance et soumission. Tel est le principe absolument invariable. La pratique, au contraire, est susceptible de multiples changements. Et si, à certaines époques, l'épouse, tout en respectant l'autorité attribuée par la nature et recon-

(1) J.-B. Duchesne, aîné, *Du mariage*, « Examen comparatif des principes qui le régissent suivant le droit civil français, le droit canonique et les législations des États modernes », Paris, 1845, p. 261.

(2) Saint Thomas, dans Esmein, t. II, p. 321.

nue par la loi à son mari, est presque son égale, à d'autres moments, la protection de la femme peut dégénérer en asservissement complet à l'homme. C'est là un excès regrettable, et tout aussi regrettable serait celui qui supprimerait complètement la puissance maritale. Mais on peut tout à loisir discuter les effets de cette puissance qui, eux, sont réglés par le droit civil (1) sous le nom de capacité juridique de la femme. C'est par ces seules conséquences qu'elle touche au droit ; pour le reste, elle dépend bien plus des mœurs que de la législation (2).

Ce que nous disions au début de cet examen de la puissance maritale est par conséquent exact en tout point, et c'est bien « la nature elle-même (qui) désigne le mari comme chef de la société conjugale ; et la loi, pour organiser dans la famille la hiérarchie et la discipline n'a eu qu'à reconnaître cette prééminence » (3).

Nous référant à tout ce qui vient d'être dit des obligations des articles 212-214, on voit que c'est « la nature plutôt que la loi qui oblige le mari à rester fidèle à sa femme, à la protéger, à la nourrir, à la gouverner » (4), qui impose aux époux tous leurs devoirs. « Supprimez tous les Codes et ces obligations resteront les mêmes, parce qu'elles sont fondées sur la nature des choses et

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, annoté par Valette, Dijon, 1842, p. 454.

(2) M. Planiol, *Traité*, II, p. 76.

(3) C. Demolombe, *Mariage*, II, p. 102.

(4) Jules Simon.

la morale » et non seulement sur la volonté du législateur dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Absence de contrainte, impossibilité de dommages-intérêts, telle est la caractéristique des obligations dont s'agit. Elles sont, à les prendre en elles-mêmes, des devoirs de pure morale qui intéressent surtout le for intérieur. Nous ne nierons point cependant qu'ils soient « civilement et juridiquement obligatoires », parce que la loi, dans la mesure de ses moyens de contrainte, imprime à ces devoirs la sanction de la puissance publique (1). Mais nous ferons remarquer que cette sanction est imparfaite, et qu'elle rend ces devoirs civilement et juridiquement obligatoires, non de la même manière que les véritables obligations, mais à titre de « prescriptions légales ». La loi d'ailleurs n'a sanctionné ainsi qu'une seule des obligations ci-dessus : le devoir de fidélité, pour la violation duquel elle a institué deux peines : l'une pénale, l'autre civile. Et ce n'est que, par analogie, que la jurisprudence a étendu cette dernière à la violation des autres en les faisant prendre rang parmi les injures graves de l'article 231.

41. — Fidélité, secours, assistance, protection, obéissance et vie commune s'imposent donc aux époux sans qu'il leur soit permis d'en modifier la moindre parcelle. C'est la nature qui les leur impose et c'est la

(1) C. Demolombe, *Mariage*, II, p. 101.

loi qui se charge de veiller à leur exécution. La liberté des conjoints est donc nulle sur ces divers points. Cette simple constatation paraît suffisante à certains auteurs pour repousser toute idée de contrat en matière de mariage. Ce sont ceux qui partagent l'opinion relatée plus haut, à savoir que le contrat est « un pacte juridique où les volontés concourent librement pour déterminer elles-mêmes leurs engagements et leurs droits, où suivant l'axiome écrit dans notre Code, « les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », où l'on n'est lié en principe que comme on l'a voulu et tant qu'on la voulu (1) ».

Si cette doctrine était unanimement admise, il serait inutile d'insister, et poursuivre ce travail n'aurait pas de raison d'être. Mais il n'en est rien. Ce caractère obligatoire desdits devoirs, leur impossibilité d'exécution n'empêche pas certains auteurs, — la majorité même, — de voir un contrat dans le mariage. Voici un des raisonnements employés : le Code civil contient deux chapitres sur les obligations qui naissent du mariage et sur les droits et devoirs respectifs des époux. Preuve certaine que le mariage est un contrat, car ce qui caractérise le contrat c'est qu'il engendre des obligations. Mais à côté de l'analogie, il y a des différences. Qu'importe que ces obligations ne présentent pas d'intérêt pécuniaire et sont plutôt des devoirs moraux. Il

(1) Ch. Lefebvre, *op. cit.*, p. 13.

est bien certain que le mariage n'a pas le caractère ni les effets des contrats ordinaires, mais il est un contrat parce qu'il se contracte par concours de volontés (1). Et si les obligations des articles 212-214 sont imposées par la loi, il n'en est pas moins vrai que les parties les acceptent librement.

Dans toute cette argumentation il y a une part de vérité et une part d'erreur. Que les obligations du mariage soient différentes de celles des contrats ordinaires, nous n'en doutons pas et les avons même rangées pour cette raison sous le vocable : devoirs de morale sanctionnés par des prescriptions légales. Mais nous n'apercevons pas dans le Code d'exception à la règle de l'article 1126 qui exige que le fait positif ou négatif promis soit susceptible d'appréciation pécuniaire (2). La nature des choses, dira-t-on, est bien nette et l'évidence des faits justifie le silence du Code. On peut tout aussi bien interpréter ce silence de manière différente et y voir le rejet de contrat par les législateurs de l'époque.

De plus, la nécessité du consentement en matière d'union matrimoniale, est certaine ; l'article 146 du Code civil en fait foi. Mais sur quoi porte directement cet accord de volontés ? Sur les obligations des articles 212-214 ? C'est ce qui résulte de l'opinion ci-dessus relatée où voisinent côte à côte la mention des chapi-

(1) Ce raisonnement est emprunté presque mot pour mot à P. Laurent, ouvrage précité, t. IV, p. 384.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 532.

tres v et vi au titre du mariage et le rappel du principe caractéristique du contrat, à savoir qu'il engendre des obligations. Bien que légaux, ces devoirs prendraient donc leur source directe dans la volonté de l'homme, non dans la loi. Légales dans leur existence et leurs effets, ces obligations seraient contractuelles quant à leur source. Et si, pour établir un rapprochement entre le mariage et les contrats ordinaires, nous prenons l'obligation de transférer la propriété dans la vente, nous voyons que : qui a vendu a contracté volontairement, mais qu'il se trouve légalement tenu au transfert de la propriété, à la conservation et à la livraison du bien vendu. Et cela par la seule raison que vendre et s'obliger à transférer la propriété et ses dérivés : conservation et livraison de la chose, sont identiques. Appliquant ces données au mariage, nous dirons, interprétant la pensée des partisans de l'idée de contrat : Toute personne qui contracte mariage le fait volontairement, et de cet engagement volontaire découlent immédiatement les obligations légales de fidélité, secours, assistance, protection, obéissance et vie commune, car contracter mariage, c'est s'obliger aux devoirs ci-dessus énoncés. Cette dernière assertion est des plus contestables. Et si nous voyons nettement le consentement des intéressés d'une part, les obligations qui leur incombent d'autre part, nous n'apercevons pas de prime abord le lien qui unit les unes à l'autre, qui fait dépendre directement et sans intermédiaire les unes de l'autre. Une lé-

gère discussion s'impose donc avant de pouvoir se prononcer, et c'est à l'application des principes existant en matière d'obligations et rapportés au chapitre III ci-dessus qu'il faut demander la véritable solution.

42. — Des obligations, nous avons fait trois catégories : 1° celles sur lesquelles porte directement la volonté des parties en présence, et sont les obligations principales et indispensables de tout contrat, celles sans lesquelles le contrat ne pourrait prendre naissance mais qui sont suffisantes pour le faire naître ; 2° les obligations qui sont la suite et le complément des premières et qui se trouvent imposées au débiteur par l'équité, l'usage ou la loi (art. 1135, C. civ.) ; 3° enfin les obligations légales et que la loi attache, en vertu d'une présomption de la volonté des contractants ou dans un intérêt d'ordre supérieur, à un état naissant d'un fait promis ou non par une ou plusieurs personnes devenues débitrices par cette promesse (nos 32 et s.).

A laquelle de ces trois catégories appartiennent les obligations des articles 212-214 ? c'est ce qu'il faut rechercher. Et il nous semble téméraire de déclarer, sans examen préalable, qu'elles font partie de la première, alors surtout qu'il existe un état dérivant du mariage et que les particuliers ne peuvent régler à leur gré : l'état d'époux. Procédons donc par ordre.

La première question qui se présente est celle de savoir si lesdites obligations sont nécessaires pour qu'il y ait mariage. Bien évidemment, chaque fois qu'il y a

mariage, nous constatons leur existence. Mais nous montrerons qu'elles sont non pas la condition nécessaire pour qu'il y ait mariage, mais la suite de tout mariage existant. Elles sont inévitables lorsqu'il y a mariage, mais non pas nécessaires pour le constituer. La meilleure preuve à donner de l'exactitude de cette conclusion partielle, c'est que, ainsi que nous allons le démontrer sans plus tarder, ces obligations ne sont pas suffisantes pour constituer le mariage. Nous arrivons ainsi au second point de cette discussion.

Ces obligations forment-elles le mariage, à elles seules prises dans leur ensemble ou séparément ? Si oui, comme semble le dire l'opinion précitée, il est vrai d'affirmer : Quiconque s'engage à exécuter les obligations des articles 212-214, est marié, de même qu'il est exact de prétendre que toute personne qui s'oblige à transférer la propriété d'un bien quelconque est vendeur. Nous voyons aussitôt quelles conséquences extrêmes peuvent découler de ce principe. Recherchant qui peut s'obliger dans de semblables conditions, il est bien certain que la différence de sexe n'est pas nécessaire. Elle ne se conçoit nullement et deux personnes quelconques, sans condition d'âge ni de sexe, peuvent fort bien contracter un mariage civil Qui les empêchera de vivre sous le même toit, de se prêter mutuellement secours et assistance, de s'obliger à protection ou obéissance. Le devoir de fidélité lui-même ne serait pas exclu de cette convention romanesque. Il change-

rait peut-être de nature, mais aucune impossibilité ne se manifesterait pour sa naissance. Car ce devoir de fidélité dans le mariage a un caractère purement négatif : s'abstenir de toute relation intime, de tout rapport sexuel avec un autre que le co-contractant. Entre deux personnes de même sexe, il deviendrait vœu de chasteté. Et voici, par le jeu des articles du Code, mis au service de l'idée du contrat, le mariage, considéré dans son acception civile, transformé en petite congrégation. Dans cette théorie, la définition du mariage devrait être la suivante : Le mariage est un contrat par lequel un homme s'engage envers une femme à la recevoir chez lui, à la nourrir et à la protéger, la femme à rester chez l'homme et à lui obéir, tous deux à se garder fidélité et à se prêter mutuellement secours et assistance. Cette convention ainsi envisagée pourrait sans nul doute être un contrat (1) (cependant contrat d'une nature particulière étant donné le caractère spécial des obligations en résultant), on pourrait même donner à ce contrat le nom de mariage, mais, malgré toute la bonne volonté possible, il faudrait renoncer à y voir le véritable mariage, l'union des sexes.

(1) De même, la convention portant sur l'administration d'une société serait bien et véritablement un contrat, mais on ne pourrait y voir le contrat de société tel qu'il est habituellement envisagé, c'est-à-dire l'accord faisant naître l'obligation primitive dont l'exécution engendrera l'état d'associés. En matière de mariage, ce qui peut être considéré, comme étant le véritable contrat de mariage est l'accord qui ferait naître l'obligation primitive dont l'exécution engendrera l'état d'époux.

Cependant, la théorie moderne du mariage, dans laquelle l'élément consensuel, civil peut-on dire, prime l'élément naturel, arrive, en poussant le principe plus loin qu'il ne convient, à faire entrevoir la possibilité de semblables unions. L'idée de contrat domine les esprits à tel point que la nature perd les droits qu'elle possède dans le mariage, et que l'assimilation du mariage aux fonctions publiques a paru tout indiqué. « L'homme, quoique mutilé, lisons-nous dans un ouvrage souvent cité dans ce travail... n'en sera pas moins capable de remplir des fonctions publiques, d'exercer une tutelle, d'être témoin dans les actes authentiques ; pourquoi, s'il convient à son conjoint, ne pourrait-il pas se marier ? (1). » De cette union insolite au mariage entre deux personnes de même sexe, il n'y a qu'une nuance bien légère. C'est, en tout cas, faire du mariage civil une société d'habitation, rien de plus.

Mais, tout en critiquant cette manière d'envisager les choses, nous en extrairons la part de vérité qui s'y trouve contenue, à savoir que le mariage n'est pas seulement l'union des corps, mais aussi l'union des esprits et des âmes. S'il ne reçoit pas effet autant qu'il est possible, il y a néanmoins mariage. Nous ne contestons pas la validité de semblables mariages, mais nous en faisons une exception tolérée, persuadé que nous sommes qu'on ne saurait user de trop de prudence en pa-

(1) Ch. Beudant, t. I, p. 306.

reille matière. Le principe doit toujours demeurer; l'union naturelle doit être la base des prescriptions du mariage. C'est d'ailleurs ce que reconnaît l'auteur précité lorsque, quelques pages plus loin (1), il exige comme condition substantielle du mariage : la différence des sexes, condition dont l'importance est reconnue de tous. C'est donc l'union sexuelle qui donne aux conjoints le titre d'époux, et nous ne pouvons souscrire à la déclaration que Portalis mit dans son discours préliminaire sur le projet du Code civil : « C'est la fidélité, c'est la foi promise qui mérite à la compagne qu'un homme s'associe la qualité d'épouse (2). » Une promesse n'a jamais constitué un état des personnes. Cela est certain, et les paroles de Portalis ne doivent pas être prises dans leur acception littérale.

Ce qui est de toute évidence, c'est que les droits et devoirs du chapitre VI ne constituent pas le mariage et n'aident pas à sa conclusion. Ils sont des effets indirects, et « le Code omet ce qui est substantiel, c'est-à-dire ce qui implique et suppose la nature même du mariage » (3). S'en tenir à cette donnée civile serait faire du mariage une fiction juridique n'ayant aucune base solide, faire fi de la nature des choses, élever les conséquences civiles à la hauteur et à la place du principe naturel.

(1) *Ibid.*, t. I, p. 314.

(2) J. Etienne-Marie Portalis, *Discours et travaux inédits sur le Code civil*, par M. le vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1844, p. 37.

(3) Ch. Beudant, t. I, p. 420.

Nous en arrivons ainsi à la conviction suivante : les obligations des articles 212-214 ne rentrent pas dans les deux premières catégories d'obligations. Leur place se trouve de ce fait même et par *a contrario* dans la troisième catégorie. Elles sont les effets du mariage existant et « tiennent à la qualité d'époux » (1). Si elles ne forment pas le mariage, elles lui sont inhérentes. Et à la déclaration fausse : toute personne qui s'oblige aux devoirs des articles 212-214 est mariée ; nous substituerons celle-ci : toute personne mariée est tenue desdites obligations. Ce sont là les obligations de l'état que l'homme acquiert en se mariant (2), l'état d'époux. Les principes posés précédemment (chap. III) nous donnent raison. Nous avons vu, en effet, d'une manière générale, que tout état de personnes ne peut faire l'objet des conventions des particuliers. A l'inverse, il est loisible de soutenir que les obligations légales que les parties ne pourront modifier, dépendront, sauf exception, d'un des états de la personne. Et c'est ici le cas. Qu'il nous suffise, pour le prouver, de rappeler que ces devoirs sont des devoirs de pure morale auxquels la loi prête sa sanction dans la mesure de ses moyens.

Et pour déclarer ces droits et devoirs, obligations de

(1) *Ibid.*, t. I, p. 212.

(2) Aicée Durrieux, *Du divorce et de la séparation de corps depuis leur origine jusqu'à nos jours, suivis d'un projet de loi sur la séparation de corps*, Paris, 1881, p. 154 : « L'homme, en se mariant, change d'état... » d'où « naissent les devoirs de fidélité, de secours, d'assistance, de protection... »

l'état d'époux, nous nous basons, en dehors de la nature des choses, sur les termes du Code et la disposition des chapitres qu'il consacre au mariage. La rédaction de la rubrique du chapitre VI peut déjà servir d'argument. Les obligations des articles 212-214 nous y sont données comme étant les droits et devoirs respectifs des époux. Ce n'est donc pas sur elles que porte le consentement initial des parties, car alors elles ne sont pas époux, elles n'ont pas encore acquis l'état qui leur vaudra ce titre. Argument bien faible, dira-t-on. Soit, mais il se trouve considérablement renforcé par un second, celui que nous tirons de la place occupée par le chapitre VI. Si les auteurs du Code avaient considéré les obligations qu'il contient comme formant le mariage, ils en auraient parlé au moment de sa conclusion, l'objet de tout contrat étant un de ses éléments indispensables. Bien au contraire, ils ont réglementé tout à loisir, dans les chapitres précédents, les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage, les formalités relatives à sa célébration,en un mot ses conditions d'existence et de validité. Ils ont même établi les causes de nullité de mariage, et c'est seulement alors, alors que se trouve épuisée toute question de principe, de formation et de validité, qu'ils s'occupent desdites obligations.

Nous nous croyons donc en droit de conclure que, comme nous, le Code fait dépendre les obligations des articles 212-214 de la suite du mariage. Et cette suite est l'état d'époux. Donc, pas de contrat en ce qui concerne ces droits et ces devoirs.

43. — Nous ne pensons pas qu'il soit possible de méconnaître ce que nous venons de dire, mais peut-être en contesterait-on le résultat que nous en tirons, au moyen de l'objection suivante : le mariage, pourrait-on dire, ne consiste pas uniquement, au point de vue de sa formation, dans l'existence des obligations dont s'agit, qui sont subsidiaires. Soit. Mais il n'en est pas moins vrai que, en s'unissant dans les liens du mariage, les époux acceptent volontairement et en connaissance de cause de se soumettre à tout ce que la loi leur impose. Et, de ce fait, même au point de vue des effets résultant de l'état d'époux, le mariage se présente comme un contrat. Cette objection n'est pas admissible ; nous allons voir pourquoi.

Tout habitant du territoire français, fût-il étranger ou citoyen de ce pays, se trouve tenu de respecter les lois de police et de sûreté, les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. C'est là, à n'en pas douter, une prescription légale et qui demeurera toujours telle. Il ne viendra jamais à l'idée de personne de donner à ces obligations la volonté de l'homme comme source immédiate, sous prétexte que certains hommes se soumettent de leur plein gré aux lois qui interdisent le vol et l'homicide.

Le père est tenu légalement de nourrir et élever son enfant. Prescription légale qui ne changera pas de caractère par le fait que la grande majorité des pères se soumettent volontiers à cette règle, alors même qu'on

ferait prendre aux pères semblable engagement devant l'officier de l'état civil.

Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës, conformément à l'article 646 du Code civil. Et cette obligation au bornage ne deviendra pas contractuelle si le propriétaire voisin consent à procéder au bornage de leurs propriétés ; elle demeurera légale.

Tout accord de volontés partant sur de semblables obligations serait d'ailleurs radicalement nul faute d'objet, faute d'obligations à faire naître. On ne pourrait pas y voir un contrat, mais seulement une reconnaissance (reconnaissance qui, dans certains cas, sera réciproque) d'obligations légales. Reconnaissance des plus superflues et parfaitement inutile puisque ces devoirs se trouvent exigibles bon gré mal gré.

Ces principes que nous venons d'appliquer aux habitants du territoire français, aux pères, aux voisins, ont leur application identique en ce qui concerne les époux. Ceux-ci peuvent, une fois mariés, aussitôt le mariage établi [car nous avons vu que le mariage n'est pas l'accord de volontés sur les obligations des articles 212-214, suites du mariage] reconnaître l'existence desdites obligations ; il reste toujours établi que leur source immédiate se trouve dans la volonté de la loi qui se conforme, en les édictant, à l'état de nature. Nous sommes en présence de prescriptions légales, disons plus, de prescriptions naturelles et morales sanctionnées par la loi.

*
* *

Nous nous sommes efforcé, dans ce chapitre, de faire apparaître clairement le véritable caractère des obligations des articles 212-214, dites les effets du mariage. Nous avons montré qu'elles dépendent de l'état d'époux, non d'un contrat ; que, inexécutables directement ou par équivalent (dommages-intérêts) comme le sont les obligations véritables, elles ne reçoivent de sanction que par la possibilité de la prononciation de deux peines ou d'une seule suivant les cas ; qu'elles prennent leur source directe, comme prescriptions sanctionnées, dans la volonté de la loi qui, elle-même, les puise dans la nature des choses.

De là, nous sommes en droit de poser comme suffisamment prouvées les deux propositions suivantes :

Au point de vue des effets du mariage, la volonté des particuliers est nulle, et rien n'autorise à y voir les éléments d'un contrat ;

L'élément consensuel disparaît pour faire place à l'élément naturel. Le droit civil ne fait que reconnaître les droits de la nature.

Par là même, est inexacte la définition par nous proposée à la fin du chapitre deuxième : le mariage est un contrat par lequel deux personnes de sexe différent s'obligent à vivre en commun et à se garder mutuellement fidélité.

Cependant, notre travail n'est pas terminé, et il serait

inexact de déclarer prouvé dès maintenant que le mariage n'est pas et ne peut pas être un contrat. Tout ce que nous venons d'examiner peut se grouper sous un titre unique : l'état d'époux. Or, cet état d'époux, comme tout état des personnes, dérive d'un fait. Ici ce fait est, nous le verrons bientôt, l'union intime de l'homme et de la femme, union des corps ou union des esprits et des âmes suivant les appréciations, mais union réelle. Ce fait possède certainement une source. Cette source est-elle un contrat ? est-elle le mariage ? Voilà ce qu'il faut rechercher. Rien ne sera plus facile, car, si nous avons admis, pour la discuter, la proposition suivante : le mariage est un contrat d'où naît un état ; nous n'avons plus dès lors qu'à nous occuper du contrat. L'état se trouve mis à part et le contrat dépouillé par là-même de tout sujet de confusion. C'est sur lui seul que portera le chapitre suivant. Nous y rechercherons le rôle du consentement, l'objet sur quoi il porte, les conditions mises à sa validité, la place faite près de lui à l'élément naturel, en un mot la formation du mariage.

CHAPITRE V

DE LA FORMATION DU MARIAGE.

SECTION I. — **Notions historiques.**

Tout en réservant au mariage une place spéciale dans la classe des contrats, bon nombre d'auteurs voient dans l'idée de contrat un principe incontestable et affirment, à l'appui de leurs dires, que, partout et toujours, le mariage fut ainsi considéré (1).

44. — En effet, si, réellement et en lui-même, le mariage est un contrat, cette manière de l'envisager dut être prépondérante, et l'élément civil, le consentement, dut toujours exister et former à lui seul le mariage. C'est ce que nous allons rechercher, en prenant, comme point de départ, le mariage d'Adam et d'Eve, « qui est le modèle des autres » (2).

« Aussitôt que Dieu eût formé Eve d'une des côtes d'Adam et qu'il la lui eût présentée, nos deux premiers parents firent ensemble un contrat de mariage. » C'est ainsi que Pothier nous donne le mariage comme « le plus ancien des contrats, car c'est le premier qui ait été

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, p. 80.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, annoté par Bugnet, t. VI, p. 157.

fait entre les hommes ». Dans cette première union, si l'on aperçoit nettement la volonté d'Adam qui, prenant possession d'Eve, s'écrie : « Voici l'os de mes os, et la chair de ma chair », il est plus difficile de noter le consentement d'Eve. Mais ce qui apparaît clairement, sans ambiguïté possible, c'est le caractère d'institution divine revêtu par ce mariage. A côté de la volonté des époux, si elle existe, et avant elle et au-dessus d'elle, apparaît la volonté divine qui met en présence nos deux premiers parents et consacre leur union : *Quod Deus conjunxit, homo non separet*. Dire donc que le mariage d'Adam et d'Eve se présente comme un contrat et est, par dessus tout, l'œuvre de la libre volonté des époux créant leur union et la réglementant à leur fantaisie, est émettre une prétention toute gratuite que rien ne vient confirmer. Ce que nous serions tenté de croire et d'affirmer, c'est que, bien loin de résider dans un simple engagement des volontés, le premier mariage fût une union sexuelle, naturelle (voici l'os de mes os et la chair de ma chair... *duo in carne una*), union voulue par la nature, consacrée spécialement par Dieu, et revêtant ainsi un caractère particulier d'où naîtra le sacrement de la nouvelle religion.

De la création, passons au domaine de l'histoire ou tout au moins des présomptions historiques. Il nous faut ici résoudre trois questions distinctes portant séparément, sur : l'existence du consentement, sa manifestation, son rôle dans la formation du mariage.

45. — *Existence du consentement.* — L'histoire du mariage est assez obscure, mais un point est hors de doute, c'est que « il s'en faut... que de tout temps leur entente (aux époux) ait été nécessaire » (1). Sans nous arrêter aux périodes barbares où le droit était remplacé par la force, où, en vertu de ce principe, l'homme enlevait la femme dont il voulait se faire une compagne, où par conséquent la formation du mariage dépendait uniquement de la volonté de l'homme ravisseur ; examinons la législation des peuples anciens.

Deux grands faits les dominent tous : la puissance paternelle, et l'infériorité de la femme. C'est, en vertu de la première, que, à Rome, le *paterfamilias* eut « le pouvoir de marier ses enfants, surtout ses filles, sans les consulter (2) ». Corollaire du droit qu'il avait de donner ses enfants *in mancipio*, ce pouvoir disparut de bonne heure en même temps que s'adoucissaient « les principes rigoureux du droit primitif ». Néanmoins, la volonté du père demeura encore efficace, et les mariages par lui imposés à son fils ou à sa fille, demeuraient valables.

A Athènes, « le consentement des femmes n'était pas nécessaire. Certains parents avaient le droit de donner en mariage les femmes de leur famille, mais les femmes ne se donnaient pas elles-mêmes. Ces parents étaient :

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. II, p. 80.

(2) E. Glasson, *Du consentement des époux au mariage, d'après le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français, le Code Napoléon et les législations étrangères*, Paris, MDCCCXVI, p. 6.

le père ; à défaut du père, le frère consanguin ; à défaut du frère consanguin, le grand-père paternel. Enfin le mari pouvait lui-même, pour le cas où il viendrait à prédécéder, désigner à sa femme son second époux. Si les parents de la femme qui avaient le droit de la donner en mariage étaient tous morts, la loi se chargeait de choisir à la jeune fille un époux et elle lui désignait son plus proche parent : dans le cas où celui-ci ne la réclamait pas comme épouse, le droit passait au parent du degré suivant et ainsi de suite » (1). Volonté de la loi, déléguée dans la plupart des cas à la famille paternelle de la femme, tel est le pouvoir qui préside ici à la formation du mariage. A Athènes comme dans la Rome primitive, le mariage est une institution familiale et légale, non pas un contrat prenant naissance dans le seul consentement des époux. La désignation d'un conjoint, faite par la loi n'est pas d'ailleurs spéciale à la législation athénienne. Nous pouvons citer, dans le même sens, le texte suivant du *Deutéronome*, XXV, 5-10. qui réglemente le lévirat (2) :

« Lorsque des frères demeurent ensemble, et que l'un d'eux meurt sans postérité, la femme du défunt ne

(1) Glasson, *Consentement*, p. 6. — Comp. Albert Desjardins, *Mémoire sur la condition de la femme dans le droit civil des Athéniens.*

(2) Le lévirat désigne l'obligation imposée au lévir (mot latin qui signifie frère du mari) d'épouser la veuve de celui-ci. Le lévir, en hébreu, se nomme yabam, la veuve, sa belle-sœur, yebama. — Voir sur toutes ces questions : Emmanuel Weill,rabin de Paris, *La femme juive, sa condition légale d'après la Bible et le Talmud*, Paris, 1881, p. 88.

devra point se marier au dehors à un étranger : ce sera son beau-frère qui l'épousera, qui la prendra pour femme en vertu du lévirat.

« Et le premier fils qu'elle aura, portera le nom du père défunt de sorte que ce nom ne se perde point en Israël. Mais si cet homme ne veut point épouser sa belle-sœur, celle-ci montera à la porte de la ville, auprès des anciens et dira : mon beau-frère refuse de relever le nom de son frère en Israël, il ne veut point m'épouser.

« Aussitôt les anciens de sa ville le feront venir et l'entretiendront, et lui, debout, dira : « je ne veux point l'épouser ». Alors sa belle-sœur s'avancera vers lui, en présence des anciens, lui ôtera sa chaussure du pied, crachera devant lui et reprenant la parole dira : ainsi fait-on à l'homme qui n'édifie point la maison de son frère.

« Et sa propre maison sera appelée en Israël la maison du déchaussé. »

Cette obligation faite au lévir d'épouser sa belle-sœur est, on le voit, une prescription légale dont la sanction est une note d'infamie résultant de la halizah (déchaussement). Ce n'était pas d'ailleurs une institution nouvelle établie par le *Deutéronome*, c'était « une ancienne coutume qui existait chez les Hébreux, comme chez d'autres peuples de l'antiquité, longtemps avant la promulgation de cette loi. Ainsi dans la *Genèse* (XXXVIII.8) déjà, nous voyons Juda dire à son second fils, d' « épouser

en vertu du lévirat, Thamar, dont le mari, fils aîné de Juda, venait de mourir sans postérité » (1). Et la coutume primitive « imposait le lévirat à tout parent du mari » (2).

Impossible par conséquent de trouver dans ces notions historiques un appui solide pour l'idée de contrat. Nous ne pouvons pas cependant nous en servir pour la combattre ; et nous croyons qu'une discussion qui s'appuierait sur ces données manquerait de base ferme. Peut-être vaut-il mieux y voir l'exagération d'un principe vrai : la puissance paternelle ; et d'un intérêt incontestable : celui de la famille. Néanmoins, il est permis de faire remarquer que ces unions, bien que dépourvues du libre consentement des intéressés, ne formaient pas moins des mariages, et que l'exagération signalée précédemment provient, à n'en pas douter, de la prédominance, alors établie, de l'élément naturel sur l'élément consensnel.

Il est aussi une autre forme de mariage, que révèle notre histoire du droit et dans laquelle on a voulu voir une union dépourvue du consentement de la future épouse : celle de la *coemptio*. En réalité, on est réduit aux conjectures les plus diverses, et si quelques auteurs font porter la vente sur la personne même de la femme, du moins pour les premiers temps, l'achat est généralement considéré comme portant sur le *mundium* que

(1) Emmanuel Weill, *op. cit.*, p. 89.
(2) Mariage de Ruth et Booz, parents éloignés.

les parents de la jeune fille transmettaient à leur gendre (Lombards, Alamans, Saxons), ou peut-être même comme un présent servant de preuve. En général, on estime que, dans ces tribus, le consentement de la femme était nécessaire à la formation du mariage (1).

C'est là notre avis et nous faisons du consentement une condition essentielle au mariage, qui, modifiée et souvent obscurcie, se rencontre à la base de toute disposition législative sur le mariage. Le droit romain, le droit canon. notre ancien droit français l'exigaient, mais nous pouvons dire dès maintenant qu'aucun d'eux n'a attribué à ce consentement l'importance exclusive qu'il revêt dans la doctrine contemporaine. Voyons donc ce qu'il était, comment l'histoire nous le montre tant comme règle de fond que comme condition de forme.

46. — *Manifestation du consentement.* — A cet égard, nous possédons des éléments précis. En fait, partout et toujours le mariage revêtit un caractère sacré et fut accompagné de cérémonies religieuses (2). En droit, aucune forme solennelle n'était exigée. Et dans notre ancien droit français tout comme dans la législation canonique jusqu'au Concile de Trente, ainsi qu'en droit romain, le consentement simplement exprimé

(1) B. Tenat, *Cours d'histoire du droit*, 1901-1902.

(2) René Lemaire, *Le Mariage civil*, Paris, 1901, p. 3 et suiv.; Paul Sauzet, *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie*, Lyon, 1853, p. 11 et suiv.; C. Demolombe, *Mariage*, p. 3 ; et l'unanimité des auteurs ayant traité la question.

suffisait à la formation du mariage (1). Pour la validité du consentement, aucune cérémonie de l'Etat non plus qu'aucune cérémonie religieuse n'était exigée. Voilà qui est simple et impossible de s'y méprendre : les législations, tout en laissant la religion s'exercer librement en matière de mariage, ne donnaient pas au caractère civil une place qu'il ne pouvait occuper qu'au détriment de la notion naturelle.

Et ceux qui veulent voir dans cette absence de formes, une « base solide » de la « conception moderne du mariage civil » (2), prennent leur désir pour une réalité. La forme religieuse n'avait peut-être pas plus d'importance en droit que la forme civile qui n'existait pas, mais la prépondérance revenait à l'élément naturel, tant il est vrai que si le mariage est tout à la fois naturel, religieux et civil, le premier de ces caractères en est le fondemeut principal. C'est ainsi qu'était conçu le mariage dans les législations antiques et en France avant la Révolution. L'étude historique du rôle du consentement va nous le prouver.

47. — *Rôle du consentement.* — Nous avons dit précédemment que, à Rome, dans le droit canon, dans notre ancien droit français, et, en général, dans les législations antiques, le consentement simplement exprimé suffisait pour la formation du mariage. Cette

(1) A Rome, il y avait bien des formes spéciales, mais elles concernaient l'acquisition de la *manus* non le mariage proprement dit.
(2) Paul Pic, *op. cit.*, p. 8.

déclaration est exacte, mais doit être complétée. C'est, en effet, en s'arrêtant à elle seule que les erreurs peuvent être facilement commises. Et si certains canonistes ont admis la séparation du contrat et du sacrement, si beaucoup d'auteurs ont vu un contrat consensuel (1) dans le mariage, si enfin l'élément civil a fait légalement disparaître l'élément naturel, c'est faute d'avoir envisagé dans son ensemble l'union matrimoniale ; c'est parce que, s'en tenant à la seule notion du consentement, on a généralisé l'idée suivante : le consentement simplement exprimé suffit pour la formation du mariage, en la lisant : le consentement forme à lui seul le mariage, alors que, en réalité, il fallait dire : le consentement qui est exigé pour le mariage est valable sans condition de forme dès qu'il est exprimé. On voit tout de suite la différence, et si l'expression pure et simple du consentement suffisait pour la validité du consentement, condition du mariage, elle n'était pas suffisante pour rendre parfait le mariage. D'autres conditions étaient exigées : nous allons les noter rapidement.

A Rome, *nuptias*, *non concubitus*, *sed consensus facit* (L. 30, *de div. reg. jur.*, 50.17). Le texte est clair. Cependant, trois systèmes différents furent proposés pour la formation du mariage romain. Les uns, s'en tenant au seul consentement, en font un contrat consensuel. D'autres y voient un contrat réel. Certains,

(1) E. Glasson, *Consentement*, p. 78, *Droit canonique.*

enfin, en font un contrat *sui generis*. Ce qu'il y a de certain, c'est que la *deductio uxoris in domum mariti* était nécessaire pour qu'il y eût mariage. *Et si consensus nuptias facit*, il ne le forme pas à lui seul, et, dans le texte ci-dessus transcrit, *consensus* se trouve opposé à *concubitus* (1). La *ductio* était donc, avec le consentement, une des conditions essentielles du mariage. Autrement dit, le mariage n'était définitivement formé que lorsque la femme était à la disposition du mari. L'union volontaire de l'homme et de la femme, manifestée par l'établissement de la vie commune ; tel était le mariage romain.

Nous retrouvons la même idée dans les tribus barbares où, à côté du consentement, est exigée « la tradition solennelle de la femme conduite en grande pompe au domicile du mari » (*ductio* des Germains, Loi salique) (2).

Dans l'ancien droit français, la célébration régulière formait bien le mariage, mais celui-ci n'était complètement indissoluble qu'après la consommation.

Du droit canonique, nous ne dirons rien, renvoyant purement et simplement à ce qui a été dit à ce sujet au chapitre premier. Notons seulement que le mariage proprement dit était précédé des promesses de mariage rendues publiques par les *denuntiationes* ou *banni*, et des fiançailles, véritable engagement consensuel pro-

(1) E. Glasson, *Consentement*, p. 30, 33.
(2) Tenat, *Cours*, 1901-1902.

duisant de multiples effets et créant notamment des empêchements de mariage. Ces faits se retrouvent presque identiques dans la législation juive.

Chez les Juifs, l'élément naturel était également indispensable et c'était lui qui rendait parfait le mariage. Celui-ci, comme le mariage canonique primitif, s'accomplissait pour ainsi dire en trois actes; nous croyons bon de nous y arrêter un instant, car il montre d'une manière saisissante la marche progressive du simple engagement à l'union matrimoniale définitive, et sépare nettement l'élément consensuel de l'élément naturel. Le prélude est une promesse de mariage ou Kidouschin qui « met en rapport, sans les engager encore, les futurs époux et leurs familles respectives » (1). « Ces promesses n'étaient d'ailleurs qu'un acte purement privé où la religion et la loi n'avaient à intervenir.... C'étaient en réalité les fiançailles de nos jours. Si, ensuite, l'entente entre les jeunes gens persistait, on fixait de concert l'époque des fiançailles (2). Survenaient alors les fiançailles ou Kidouschin (3), engagement civil et religieux qui mettait les fiancés dans une union légale qui ressemblait bien plus au mariage qu'aux fiançailles. Cependant ce n'était pas là tout le mariage juif, et « tous les devoirs et tous les droits réciproques du mariage » ne commençaient pour les époux qu'après la Nissouïn

(1) Emmanuel Weill, *op. cit.*, p. 17.
(2) Emmanuel Weill, *op. cit.*, p. 18.
(3) *Ibid.*, p. 19 et suiv.

ou mariage proprement dit. C'était d'abord la *deductio in domum mariti* telle que nous l'avons vu à Rome. « Au jour fixé pour le mariage, les parents de la fiancée et ses compagnes venaient la chercher à la maison de son père pour la conduire à celle de son époux ». Puis les jeunes époux « viennent se placer sous le dais nuptial pour entendre ensemble les bénédictions dites du mariage... Si les fiançailles représentent la consécration mutuelle des époux, la cérémonie du mariage, la Houppa (dais) figure leur réunion, leur rapprochement définitif. C'est l'image de la chambre nuptiale. Aussi au sortir de la Houppa, le mariage est-il considéré comme accompli ». A la suite de cette cérémonie figurative, qui avait lieu ordinairement un an après les fiançailles, les parties prenaient le titre d'époux (1).

Qu'on analyse le mariage en lui-même dans ses moindres détails, on ne pourra arriver à une meilleure conception que celle ci-dessus présentée. Les trois actes subsistent toujours. Ils peuvent au point de vue légal, être réunis en une seule cérémonie, comme le furent plus tard chez les Juifs, fiançailles et mariage, Kidouschin et Houppa ; mais chacun d'eux doit conserver son importance distincte et concourir à la formation du mariage avec le caractère propre qui lui incombe. A dire vrai, nous pensons que notre Code civil contient sous le titre unique : Mariage, les trois phases suivan-

(1) *Ibid.*, p. 23-24.

tes : promesse de mariage, fiançailles et mariage, et que la prédominance donnée à l'élément consensuel par l'idée moderne de contrat, n'est pas la suite de l'interprétation rigoureuse de nos lois.

Ces quelques notions historiques rapidement posées, venons-en à l'examen de notre mariage civil.

SECTION II. — **Le mariage du Code.**

48. — La capacité des parties contractantes en général, se trouve déterminée par deux articles du Code civil, les articles 1123 et 1124 sous la section II au titre III du livre III, ainsi conçus :

Art. 1123. — « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

Art. 1124. — « Les incapables de contracter sont : Les mineurs ; les interdits ; les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi, et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats. »

Deux grandes règles se dégagent de ces textes et dominent la capacité juridique : 1° toute personne peut en principe stipuler ou promettre ; 2° les mineurs et les interdits en sont totalement incapables. — Elles forment le droit commun en la matière et l'article 1124 n'y apporte d'exception que pour restreindre cette capacité dans certains contrats. Aucune autre exception ne se trouve posée, et on voit nettement que le Code considère à ce sujet le développement ou l'état de l'in-

telligence humaine (l'incapacité de la femme mariée mise à part), le degré de compréhension de celui qui contracte. Le consentement seul est en jeu ; on ne s'inquiète que de la formation du contrat. Bien au contraire, si nous nous reportons au titre du mariage, nous voyons que le développement de l'intelligence est mis au second plan. Le développement physique est le premier dont s'occupe la loi, et la capacité naturelle fait prime sur la création d'obligations. Et, bien que l'union matrimoniale nous soit présentée comme le plus saint des contrats, le plus important en même temps que le plus dangereux (1), l'homme à dix-huit ans et la femme à quinze ans pourront s'y engager, et même auparavant avec dispenses d'âges accordées pour des motifs graves (art. 144-145). La capacité juridique se trouve donc avancée pour le mariage, et des jeunes gens qui devront encore attendre trois ans, six ans et même plus pour pouvoir passer la plus infime des conventions, pourront s'engager dans les liens du contrat le plus sacré ! Cela semble contradictoire. Aussi réunissant les autres dispositions concernant le mariage : différence de sexe, absence d'un premier mariage, interdiction du mariage entre certains parents, on se voit dans l'obligation de reconnaître que le Code fait entrer l'élément naturel en ligne de compte, et qu'il considère plus l'union sexuelle que l'engagement des volontés sur

(1) Ch. Beudant, t. I, p. 300.

un certain nombre d'obligations. En vain objecterait-on que ce contrat est d'une nature exceptionnelle ! En vain appuierait-on cette idée du retard apporté à la majorité matrimoniale par l'article 148 ! La nature et les mœurs sont ici les maîtres. La loi ne crée rien, elle constate ce qui existe ; et lorsqu'elle invente le consentement des parents, elle ne cherche pas à éclairer l'intelligence des jeunes époux, elle établit un pouvoir paternel qui, légalement parlant, ne répond à aucune nécessité.

L'union des corps est donc la base du mariage tel que le règlent nos lois (1). C'est logique ! Mais alors l'union civile se trouve réduite à la seule disposition de l'article 146 : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement. » Ce consentement, avons-nous vu, était requis par toutes les législations anciennes sans qu'il eût été pour cela érigé en contrat. Il a, paraît-il, ce dernier caractère dans notre Code. C'est ce que nous allons discuter en nous occupant de la célébration du mariage.

49. — En droit français, les contrats sont tous consensuels. Mais, au point de vue de leur formation, on les distingue habituellement en trois classes : réels, con-

(1) Nous en avons deux preuves dans les faits suivants : l'empêchement d'impuissance en a été rejeté uniquement à cause des scandales qu'il provoquait par la pratique du congrès ; en 1874, Demolombe (p. 145, t. I), se demandait encore si « le commerce illicite de deux personnes non mariées... forme une alliance naturelle entre l'un d'eux et les parents de l'autre », en un mot, si l'empêchement de l'ancien droit subsiste dans le Code civil.

sensuels et solennels. Le contrat réel ne prend naissance qu'après la livraison du bien, objet de l'obligation, et il « oblige celui qui a reçu à rendre parce que la dation qui lui était faite était conditionnelle » (1). Inutile de nous étendre davantage sur ce genre de contrats dont la notion ne peut être d'aucun secours dans la question qui nous occupe.

Quant aux contrats consensuels et solennels ils ont entre eux beaucoup d'affinités. Quel que soit leur mode de formation, ce qui est le contrat est toujours la convention, le consentement des parties. La seule différence consiste dans la manifestation de ce consentement. Dans les contrats purement consensuels, la convention vaut par elle-même ; et, dès qu'elle est évidente, il y a contrat valable en principe. Le créancier pourra-t-il, en vertu de ce contrat, actionner son débiteur devant les tribunaux ? Cela est un point tout différent et qui rentre dans la question des preuves. Nous n'avons pas à nous en occuper. — Les contrats, dits contrats solennels, exigent au contraire une formalité unique et indispensable : la rédaction d'un acte notarié (2). Cet

(1) Planiol, *Traité*, t. III, p. 734, n° 2540.

(2) Il faut excepter le mariage et l'adoption. L'adoption, avons-nous vu, porte principalement sur les biens et est en réalité une véritable donation. La compétence du juge de paix procède de la vieille idée romaine de l'adoption, ignorée de nos jours ; le notaire semble mieux indiqué pour servir de rédacteur aux intéressés, ce qui n'empêcherait pas, vu l'importance de la donation, l'homologation du tribunal. On homologue bien actuellement les partages effectués par les notaires.

acte authentique est un écrit rédigé par un officier ministériel appelé notaire, et qui contient l'énoncé du consentement des parties et des obligations qu'il crée. Ce qui forme le contrat, ce n'est pas l'acte notarié, mais la convention des parties insérée dans cet acte. Le notaire n'est en principe, qu'un rédacteur et sa signature, exigée pour la validité du contrat, est une signature de garantie qui rend opposable aux tiers la convention indépendamment de toute autre formalité. Mais, dans les actes solennels, l'intervention du notaire est quelque chose de plus qu'une simple garantie de l'existence et de la vérité des conventions. Elle est, avant tout et pardessus tout, une mesure de protection pour les contractants. Il est facile de s'en convaincre en voyant quels contrats sont soumis à cette formalité. Ils sont peu nombreux, et, en laissant de côté, le mariage et l'adoption, on en compte cinq : la donation (art. 931), le contrat de mariage (art. 1394, al. 1), le contrat hypothécaire (art. 2127), la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250-2°) et la subrogation de l'hypothèque légale de la femme mariée (Loi du 23 mars 1855, art. 9) (1). Actes les plus importants que l'on puisse faire et pour lesquels on ne saurait trop éclairer un débiteur toujours disposé à s'engager à la légère. Le notaire est chargé de ce soin. A vrai dire, ces contrats sont consensuels et de bonne foi, n'ont aucun rapport

(1) Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. I, p. 20.

avec le formalisme du vieux droit romain ; la loi oblige d'une manière détournée les contractants à prendre l'avis d'un homme compétent. Voilà tout. Cet avis précède l'existence définitive du contrat. Cela se conçoit sans peine, s'il n'intervenait que postérieurement il ne remplirait pas le but désiré. En théorie, cette donnée se traduit ainsi : il n'y a de contrat valable que si la convention est passée devant notaires.

Au contraire des actes solennels, les actes authentiques ne présentent pas, légalement du moins, le même intérêt pratique. Lorsque les parties recourent de leur propre mouvement aux offices d'un notaire, c'est pour assurer l'existence définitive et invariable de leurs conventions. Et, pour cela, elles font un acte public. Leur contrat est parfait auparavant, seule est en jeu une question de publicité et toute publicité est nécessairement postérieure à l'acte public. Cependant, dans la pensée des contractants, la rédaction d'un acte notarié pourrait devenir nécessaire pour la perfection du contrat. Mais cette volonté des parties ne rendrait pas solennel (1) le contrat ainsi formé, car il s'agirait alors non d'une condition d'existence du contrat, mais seulement d'une condition de validité, ce qui est loin d'être identique.

Nous savons maintenant ce qu'est un contrat solennel. Faisons l'application des principes connus, au ma-

(1) *A contrario* : Baudry-Lacantinerie et L. Barde, t. I, p. 21.

riage, car, si le mariage est un contrat, il est à n'en pas douter un contrat solennel, les formalités auxquelles il est soumis étant nombreuses et connues sous la dénomination : célébration du mariage.

Tout contrat solennel met en présence les contractants et le notaire, qui, chacun joue un rôle différent. En matière de mariage le notaire est remplacé par l'officier de l'état civil. Pourquoi ce changement ? C'est ce que nous étudierons en examinant le rôle de chaque partie dans la formation du mariage. Auparavant, il convient de rechercher sur quoi porte le consentement, quelles obligations il fait naître.

50. — Cette question a déjà été partiellement étudiée dans le chapitre IV, et nous y avons repoussé, d'une manière assez complète pour qu'il nous soit dispensé d'y revenir, une explication que nous considérons comme erronée. Dans cette opinion, le consentement porterait directement sur les obligations des articles 212-214 : fidélité, secours, assistance, protection, obéissance, vie commune. Or, nous avons essayé de prouver et nous avons l'espoir d'y être parvenu, que toutes ces obligations sont et sont uniquement les obligations de l'état d'époux, état qui ne prend naissance qu'après la formation définitive du mariage. Ces obligations, devoirs moraux que la loi sanctionne à titre de prescriptions légales, seraient-elles les véritables obligations sur lesquelles porte la volonté des parties, on ne pourrait y voir que des engagements condition-

nels à l'établissement du mariage, non le mariage lui-même.

A tout consentement, il faut pourtant un objet. Quand on consent, on consent à quelque chose. C'est ce « quelque chose » qu'il faut trouver. Rien de plus facile si nous nous reportons au Code. Il nous parle en effet de la nécessité de « la déclaration qu'elles (les parties) veulent se prendre pour mari et femme » art. 75) ; de « la déclaration des contractants de se prendre pour époux » (art. 76-8°). Il n'est nullement question dans ces articles et ceux se rapportant au même sujet, c'est-à-dire ceux traitant uniquement de la formation du mariage, de l'obligation que contracteraient les époux de vivre en commun, de se garder fidélité, secours, assistance, etc. ; et c'est encore là un argument en faveur du rejet de l'opinion que nous avons précédemment combattue. Ce que nous y voyons au contraire, est que l'accord porte sur la volonté de se prendre pour époux, obligation initiale dont l'exécution fera naître l'état d'époux auquel la loi attache certains droits et devoirs. Donc le mariage, considéré comme contrat, ferait naître d'après l'application stricte du Code, l'obligation de se prendre pour époux. Cet « acte par lequel les parties conviennent réciproquement de se prendre pour époux » est « le mariage même » (1).

Mais que vaut cette convention ?

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, p. 132 ; Ch. Beudant, t. I, p. 292.

A l'examiner à la seule lueur des principes de droit commun, on ne peut y voir un contrat, car l'obligation qu'elle engendre n'est pas une véritable obligation. L'exécution forcée, les dommages-intérêts, les moyens de contrainte de toute nature ne sont ici nullement applicables.

Est-elle une prescription légale que sanctionnera la loi ? Il faut nous arrêter quelques instants à cette question. Tout d'abord, remarquons que cette convention est une promesse de mariage qui peut rendre les parties simplement créancière et débitrice sous le nom spécial de fiancés. Néanmoins, c'est cette promesse qui est déclarée obligatoire par la doctrine que nous étudions, sous le nom de contrat et de mariage. Eh ! bien, c'est là que cette doctrine se trompe. Contre elle nous pouvons fournir trois arguments.

C'est d'abord celui que nous venons de présenter, à savoir que cette promesse ne rentre pas dans le cadre des obligations civiles proprement dites. Le second porte sur l'existence, en fait, de cette promesse bien avant le jour du mariage. On la désigne alors sous le nom de fiançailles, terme juridiquement impropre. Ces fiançailles sont connues du pouvoir par la déclaration qu'en ont faites les parties pour procéder aux publications. Et cependant, cette promesse n'a rien d'obligatoire, on n'en fait pas le mariage. Pourquoi ? Elle est pourtant identique à celle qui se produira quelques semaines après devant l'officier de l'état civil. Peut-être

dira-t-on qu'il est impossible de la considérer comme définitive avant l'expiration des délais pendant lesquels pourront se produire les oppositions, se révéler les causes d'empêchement. Soit, mais il n'en est pas moins vrai que, dans l'intention des parties, elle est à ce moment-là définitive, et si la loi, par une mesure de prudence bien compréhensible, veut en retarder la validité, son existence pourrait fort bien être reconnue à titre provisoire. L'apparition d'un empêchement ou d'une opposition l'annihilerait, comme l'expiration des délais sans incident la rendrait définitive avec ou sans effet rétroactif.

51. — Le troisième argument pourrait au besoin dispenser des deux autres. Le voici. Non seulement la loi ne donne pas effet aux promesses de mariage lorsqu'elle les envisage sous le titre de fiançailles ; mais, même lorsqu'elle les considère comme définitives, c'est-à-dire le jour où, solennellement et conformément à la loi, les parties viennent en compagnie de leurs parents et de leurs témoins renouveler la déclaration faite par eux quinze jours plutôt, elle n'en fait pas le mariage. Et, après cette déclaration, l'union entre les époux n'existe pas, ceux-ci ne sont pas mariés. A tel point que si, subitement l'officier de l'état civil venait à succomber aussitôt après cette déclaration ou refusait de procéder à la célébration, il n'y aurait rien de fait. Et pourtant, toutes les formalités imposées aux époux ont eu lieu, les consentements ont été solennellement échangés. Nous

en concluons que si la loi considère le consentement comme un acte juridique, elle n'en fait pas le mariage, elle n'en fait même pas un contrat, car la réception de la déclaration par l'officier de l'état civil n'engage les parties à aucune obligation, ne les rend ni créancières ni débitrices.

Donc, l'obligation de se prendre pour époux, considérée seule et en elle-même, ne fait pas l'objet d'une prescription légale. Sur ce dernier point, personne, croyons-nous, ne nous contredira.

Ajoutons ici un mot sur le rôle des époux. Nous avons écrit, dans le paragraphe précédent, que les consentements des parties étaient solennellement échangés devant l'officier de l'état civil. Prise au pied de la lettre, cette affirmation serait une erreur. En réalité, les parties n'échangent rien, elles se contentent de déclarer l'une après l'autre à l'officier de l'état civil l'existence de leur consentement. Moyen bizarre de s'entendre que de s'adresser à une tierce personne. Qu'est-ce à dire, sinon que la convention existe bien avant cette déclaration et que les parties s'adressent à l'officier de l'état civil non pour en demander l'existence, ou la validité comme dans tous les contrats passés devant notaires, mais simplement assurer la reconnaissance du fait qui en résulte. En vain, chercherait-on quelque analogie entre la double déclaration et un contrat. Il n'y a que de faibles apparences. Si la déclaration d'une seule des parties ne suffit pas, il faut y voir une simple

mesure de précaution contre les fraudes, non un désir qu'aurait eu le législateur de faire apparaître le mariage comme un contrat, désir incompréhensible puisqu'il pouvait le faire d'une manière expresse.

52. — Différence du rôle des parties dans le mariage comparé aux contrats sur ce point. Voilà ce que nous avons vu jusqu'à présent. Ce n'est pas tout. Cette reconnaissance que les époux viennent demander, la loi leur accorde : mais elle ne l'attache ni au consentement même et seul comme dans les contrats consensuels ou authentiques, ni au consentement suivi de la rédaction d'un écrit public comme dans les contrats solennels. Autant de différences entre le rôle du notaire et celui de l'officier de l'état civil, que nous allons développer.

De ce qui vient d'être dit au sujet de la déclaration de consentement, il résulte que, même après elle, le mariage n'est encore qu'à l'état de projet (1). Ce qui fera le mariage, c'est le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil. L'article 75 du Code civil est formel sur ce point, lorsqu'il dit : «.... Il (l'officier de l'état civil) recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur le champ ». Trois parties bien nettes se trouvent dans ce texte : la déclaration qui ne peut être considérée comme un contrat

(1) Ch. Beudant, t. I, p. 292.

parce qu'elle ne donne au consentement aucune valeur juridique ; la rédaction de l'acte de l'état civil qui ne sert que *ad probationem* non *ad solemnitatem* (1) ; et enfin le prononcé de l'union, au nom de la loi, par l'officier de l'état civil, qui constitue l'acte juridique le plus important, qui forme le mariage civil.

De cette manière, l'officier de l'état civil, à la différence du notaire dans les contrats en général, n'est pas le rédacteur d'un écrit nécessaire à l'existence ou à la validité du mariage ; il est le personnage le plus influent, le plus actif : c'est de lui, par conséquent de la loi que dépend le mariage. L'intérêt en jeu n'est pas non plus, comme dans les contrats solennels, la protection des contractants. Nous ne nierons pas que, incidemment, ces formes peuvent, surtout en théorie, assurer la liberté des époux ; mais il faut avant tout voir dans cette célébration, dans cette consécration civile, le résultat de deux influences diverses : 1° le désir d'assurer la publicité (2) des mariages, et ce n'est là qu'une suite du mariage canonique rendu solennel par le Concile de Trente ; 2° la lutte de l'Etat contre l'Eglise, le besoin d'élever à côté du sacrement et contre lui une institution destinée, dans la pensée de ses auteurs, à la faire oublier (3).

(1) C. Demolombe, t. I, p. 318.

(2) C. Demolombe, t. I. p. 273 et suiv. ; Ch. Beudant, t. I, p. 355-360.

(3) Cette idée du rôle actif de l'officier de l'état civil était conte-

Quoi qu'il en soit, il apparaît clairement que la compétence en matière de mariage a été attribuée à l'officier de l'état civil parce que celui-ci n'est pas un contrat, et surtout pour entourer l'union civile d'un éclat propre à amoindrir les cérémonies religieuses et surtout à faire disparaître l'idée du mariage religieux. Piètres armes d'une mauvaise cause placée sous le vocable de la liberté de conscience ! Quant à la publicité, elle pouvait être assurée de toute autre manière, par exemple en donnant effet direct à la volonté des parties dès qu'elle est manifestée.

53. — Mais qu'importe ! Que l'union dérive immédiatement de l'engagement des parties de se prendre pour époux ou d'une célébration qui la vivifie, il est un fait certain c'est que l'officier de l'état civil porte sur ses registres que les comparants ont l'état d'époux. Et c'est à partir de ce moment que ceux-ci sont légalement tenus des obligations des articles 212-214, droits et devoirs attachés par la loi audit état. Eh ! bien, nous soutenons que, s'il n'y a, au moment de la rédaction de l'acte, aucun autre élément, aucun autre fait que ceux signalés jusqu'ici : la déclaration du consentement des comparants de se prendre pour époux, et le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, celui-ci commet

nue en germe dans la déclaration de St-Germain en Laye du 26 novembre 1639 qui, s'adressant aux curés, leur confiait une délégation de l'Etat. Cette déclaration prescrit en effet que le curé « recevra le consentement des parties et les conjoindra en mariage « (Paoli, *op. cit.*, p. 100).

un faux. Il déclare époux des personnes qui ne le sont pas, il fait naître un état de droit, c'est-à-dire la reconnaissance d'un état de fait, avant l'existence de celui-ci, avant que le fait promis par la déclaration de se prendre pour époux et dont la réalisation créera l'état d'époux, ait été exécutée. Ce que nous avançons, nous allons le prouver.

Les futurs époux viennent déclarer qu'ils veulent se prendre pour époux, autrement dit qu'ils s'engagent à établir entre eux l'union intime qu'on nomme mariage, union des corps, des esprits et des âmes. Simple engagement qui devrait rendre les parties créancière et débitrice, et que celles-ci accompliront quand bon leur semblera puisque la loi ne veut ni ne peut le ranger au nombre des obligations ou prescriptions légales. Ce que reçoit ainsi l'officier de l'état civil est un engagement futur qui ne peut être qu'une promesse de mariage, non le mariage. Cela est évident : une simple promesse n'a jamais constitué un état des personnes. Qui dit état suppose autre chose qu'un fait futur. D'où vient alors que l'officier de l'état civil inscrit sur ces registres les comparants comme ayant l'état d'époux ? Est-ce le prononcé de l'union qui le fait naître ?

On pourrait soutenir que c'est là le système de la loi et que le prononcé de l'union remplace la rédaction de l'écrit par un notaire qui est la solennité ordinaire en matière d'actes (1). Nous croyons ce système impossi-

(1) F. Laurent, professeur à l'Université de Gand, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles, 1882, t. I, p. 327, col. 2.

ble et inefficace. Il existe bien un contrat où la volonté de la loi opère de cette manière, mais le cas ne peut être le même pour le mariage. Le contrat dont il s'agit est la vente. Dans la vente, le vendeur s'oblige envers l'acquéreur à lui transférer la propriété d'un bien lui appartenant. Ce n'est là qu'une simple obligation qui, en vertu des règles de droit commun, devrait rendre l'acquéreur créancier non propriétaire. Mais la loi déclare, usant de sa souveraineté, l'acquéreur propriétaire. Autrement dit, aussitôt née, l'obligation est considérée comme exécutée (art. 1583). La loi peut-elle agir ainsi pour le mariage ? Certainement non. Si elle le fait pour la vente, c'est que le transfert de la propriété n'est que la translation d'un droit existant sur une chose, droit qui n'a rien de réel, de tangible. Le mariage, au contraire, est une union réelle de personnes que la loi ne peut déclarer existante alors qu'elle n'est que promise. Elle peut attacher à cette promesse tous les effets que bon lui semblera : empêchements au mariage et autres, même le devoir de fidélité, tous les effets en un mot, attachés au mariage, sauf la vie commune et les devoirs qui en dépendent. Mais il n'en restera pas moins vrai que cette union parfaite des esprits et des âmes n'est pas le mariage.

On nous objectera peut-être que nous commettons, en parlant ainsi, une confusion et que nous donnons à l'élément naturel une place qui n'existe pas dans nos lois. On nous dira sans doute que le mariage est aussi

bien l'union des esprits et des âmes que celle des corps, et que le Code civil se contente de la première, par conséquent que la simple promesse de l'union matrimoniale peut faire des époux des fiancés de la veille. C'est là pour nous une erreur capitale. Si la loi ne s'occupe nullement de l'union sexuelle, c'est certainement très regrettable, mais ce n'est pas prouvé, loin de là (Voir *suprà*). En admettant exacte cette première proposition, nous conservons notre manière de voir. Oui, l'union matrimoniale est aussi l'union des esprits et des âmes, mais ce n'est pas une union à distance. Les fiançailles sont aussi une union des esprits et des âmes. On devient et on demeure fiancés à cent lieues de distance ; on ne devient pas époux en restant isolés l'un de l'autre. L'union des esprits et des âmes étant même la plus parfaite qu'on puisse concevoir, on demeure des fiancés.

Cette affirmation nous amène à dire comment nous concevons le mariage. A cette question : Qu'est-ce que le mariage ? existe une réponse unique : Le mariage est l'union intime de l'homme et de la femme. Dans cette définition sommaire se trouve indiquée la condition essentielle du mariage, celle qui, si évidente, est toujours passée sous silence : la différence des sexes. D'où, lorsque, poussant plus loin l'examen de la question, on se demande quel est le caractère de cette union intime qu'est le mariage, il est logique de répondre : c'est l'union des corps. Cela n'est pas douteux. Mais

alors, une autre question, subsidiaire et qui ne doit pas être confondue avec les autres, se présente à l'esprit. Cette question est la suivante : Etant donnée telle union en particulier, dont le but naturel et primordial n'est pas et peut-être même ne peut pas être atteint, soit par suite de la volonté des époux ou de l'un d'eux soit par suite des défauts physiques de l'un des époux, du mari notamment, cette union peut-elle être maintenue à titre de mariage, ou se trouve-t-elle viciée *ab initio* et frappée de nullité ? Ce mariage, répond le droit canonique, est nul, si l'union des corps est impossible car le but du mariage ne peut être atteint, il n'est que dissoluble si cette union est possible mais n'a pas eu lieu (n° 2).

Il est valable, répondent les auteurs du Code ; les causes de nullité qui gravitent autour de lui ont causé trop d'abus et de scandales pour pouvoir être maintenues ; d'autre part, si le but primordial du mariage n'est pas atteint, celui-ci a encore sa raison d'être, car, en même temps qu'union des corps il est aussi union des esprits et des âmes. Ainsi présentée, cette solution est admissible. Mais il faut bien prendre garde de n'en pas exagérer l'importance et d'arriver, comme semble le faire la doctrine contemporaine, à mettre l'exception aux lieu et place du principe en disant : Le mariage est l'union des esprits et des âmes. Que si cette proposition veut signifier que le minimum qui se rencontre dans chaque mariage est l'union des esprits et des âmes, nous en reconnaissons l'exactitude tout en en constatant ce-

pendant la fragilité. La conception est trop large pour servir de critérium, car il n'y a pas que le mariage qui soit union des esprits et des âmes. D'autre part, à ce minimum s'en ajoute un autre, indispensable à toute union intime à titre d'époux. C'est la vie commune, critérium s'appliquant uniquement au mariage puisque la vie commune à titre d'époux est la seule légalement reconnue. Par conséquent, que la loi, pour des raisons d'intérêt pratique, ne place plus l'impuissance au rang des causes de nullité du mariage, et n'admette plus la dissolution du mariage en cas de non-consommation : soit. Mais alors, elle doit considérer celui-ci au point de vue social, comme étant la base des familles. Elle doit y voir ce qu'il est en réalité, une communion de vie, non une simple communion d'idées. Elle doit lui conserver son caractère d'union réelle, naturelle et sociale où les conjoints sont sans cesse en présence l'un de l'autre, non en faire une union platonique où les époux seraient transformés en amants mystiques correspondant à distance par fil télépathique. En sorte que, l'établissement, de la vie commune, dont le maintien est une prescription légale imposée aux époux, se trouve être, naturellement, civilement et socialement, l'obligation contractée par les futurs époux. L'union que se promettent les fiancés se manifeste par l'établissement de la vie commune, est la vie commune. Et, tant que cette vie commune n'est pas existante, il n'y a pas mariage, les intéressés ne possèdent pas l'état d'é-

poux. Si la loi, ne tenant pas compte de la nature des choses, transforme, de par sa seule volonté, l'état de fiancés en celui d'époux, elle commet un abus de pouvoir (1).

54. — Nous ne pensons pas que ce fut là l'intention des auteurs du Code en édictant la célébration du mariage. Et celle-ci peut fort bien s'interpréter autrement. Pour cela, il faut rechercher le caractère du consentement. Nous avons bien dit ce qu'il n'était pas ; il faut maintenant essayer de montrer ce qu'il est. Le Code nous aidera dans ce travail.

C'est, nous l'avons déjà dit souvent et le répétons encore, l'article 146 qui exige le consentement des époux, en ces termes : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement. » Si le mariage était réellement un contrat, ce texte serait pour le moins inutile car il reviendrait à dire qu'il n'y a pas d'accord de volontés productif d'obligations sans accord de volontés. Pure plaisanterie ! Les auteurs du Code voulaient-ils insister sur le caractère contractuel du mariage, ils n'avaient qu'à se servir d'un langage plus simple et écrire : le mariage est un contrat. Voulaient-ils insister sur le consentement, quel qu'en soit le caractère, ils pouvaient sans crainte d'être mal interprétés, se contenter

(1) Les canonistes qui admettaient l'idée de contrat étaient arrivés à une conception de ce genre qu'ils étaient obligés d'étayer sur une théorie de transmission, *jure canonico* des droits spirituels. — V. à ce sujet : Esmein, I, p. 128 qui signale la difficulté des explications.

des articles 148 et suivants suffisamment clairs et suffisamment longs.

A ces arguments de simple probabilité, joignons en d'autres d'une certitude absolue. Ce qu'est le consentement de l'article 146, le législateur l'a écrit en toutes lettres en tête du chapitre 1er au titre du mariage. Nous lisons en effet sa rubrique qui porte : « Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. » Et c'est dans ce titre que se trouvent indiqués comme nécessaires et dans l'ordre suivant : l'âge des parties, leur consentement, l'inexistence d'un premier mariage... Pas de doute possible. Le consentement ne forme pas un contrat, il n'est qu'une condition ; non pas une condition exigée pour la validité d'une convention comme l'est le consentement de l'article 1108, mais une condition préalable au mariage, « requise pour pouvoir contracter mariage », nous dit le Code, c'est-à-dire requise pour que l'union qu'elle accompagne soit reconnue par la loi.

Ce consentement forme, il est vrai, comme tout consentement, un accord de volontés : celui de se prendre pour époux. Appelons-le fiançailles si l'on veut et notons à nouveau que la loi ne veut ni ne peut le sanctionner. C'est en un mot un accord de volontés qui n'a rien de juridique. Il recevra donc effet quand bon semblera aux fiancés. Ce sont eux qui fixeront le jour où leur union prendra corps, sera non plus une promesse mais une réalité. Et ce jour est sans conteste (nous laissons

le mariage religieux de côté pour le moment) celui de la célébration. L'union, la vie commune, commence à l'instant précis où les fiancés se présentent côte à côte devant l'officier de l'état civil. Et ces fiancés de droit sont en fait des époux qui viennent demander la reconnaissance de leur union en vue des effets civils.

Cette manière de voir se trouve corroborée par l'impossibilité des mariages à terme ou conditionnels. Et cette disposition implique nécessairement que les comparants font commencer leur union dès maintenant, que l'union promise vient de se réaliser. En effet, un mariage à terme ou conditionnel n'est pas un mariage, ce n'est qu'une promesse de mariage. Deux personnes qui viendraient déclarer vouloir se prendre pour époux à telle date déterminée ou sous telle condition seraient non pas des époux, mais des fiancés, fiancés purs et simples dans le premier cas, fiancés conditionnels dans le second.

Bref, la convention crée les fiançailles, l'union réelle constitue le mariage. L'officier de l'état civil consacre une union volontairement établie. Rien de plus. Une simple reconnaissance, comme celle existant pour les naissances et les décès, serait de ce chef suffisante, et du même coup on rendrait inutile cette consécration civile qui n'inspire pas tout le respect dû aux institutions sociales.

Un nouveau point se trouve désormais acquis, à savoir que le mariage, considéré dans sa formation, ne

se présente pas comme un contrat. Il existe bien, à l'occasion du mariage, un accord de volontés, mais l'obligation sur laquelle il porte n'est pas reconnue par la loi. Cet accord de volontés possède un caractère juridique, mais ce n'est pas celui de contrat ; véritables fiançailles, la loi n'en fait qu'une condition préalable et concomitante à l'union qui prend naissance dès la déclaration des parties en présence de l'officier de l'état civil. Et ce dernier reconnaît cette union de fait en l'élevant, par le prononcé de l'union civile, à l'état légal d'époux.

Capacité matrimoniale basée sur la capacité naturelle, reconnaissance d'un état de fait. Tels sont les deux points que nous avons mis en relief en étudiant la formation du mariage. Il est donc encore vrai de dire ici ce que nous notions pour les effets du mariage. L'élément consensuel s'efface devant l'élément naturel. Le droit civil ne fait que reconnaître une union existante, que cette union, manifestée et réalisée par l'établissement de la vie commune, soit considérée comme l'union des corps, ou même seulement comme l'union des esprits et des âmes.

SECTION III. — **Inconvénients pratiques du mariage civil.**

Tout en ne nous occupant que de la formation du mariage, il nous faut maintenant passer à un ordre d'idées différent de celui que nous venons d'exposer. Il

s'agit du conflit entre les lois canonique et civile, et de la situation embarrassée qu'il crée aux catholiques.

Tout d'abord, nous ferons remarquer que la plupart des inconvénients ci-après signalés pour le mariage des catholiques peuvent se rencontrer pour le mariage des membres des autres religions. Si nous ne parlons ici que des catholiques, ce n'est pas que nous nions l'impossibilité des mêmes conflits entre la loi civile et la conscience des non-catholiques, ce n'est pas non plus que nous nous désintéressions de la liberté de conscience qu'ils peuvent réclamer pour eux, mais c'est pour simplifier la discussion et en même temps pour ne pas mettre sur le même pied le mariage catholique-sacrement et le mariage des autres religions dans lequel celles-ci ne voient qu'une bénédiction religieuse, parfois surajoutée au lien civil.

Ceci nettement établi, nous ne parlerons désormais que des catholiques dont la conscience se trouve actuellement la plus violentée, tout en réclamant au nom de la liberté de conscience en général.

55. — Le mariage civil, rendu possible et acceptable par certaines théories canonistes qui, laissant de côté le caractère naturel attribué au mariage par le droit canonique, discutaient surtout sur la forme du consentement, fut d'abord une arme pour le pouvoir royal qui s'en servit non pour détruire le sacrement, mais pour régler à sa fantaisie certains mariages de princes. Ses empiétements ne s'arrêtèrent pas là cependant, et il

nous suffira à ce sujet de rappeler l'assimilation au rapt du mariage conclu *invito patris*. Bientôt le pouvoir civil s'érigera franchement contre l'Eglise, et la Révolution consacrera le mariage, simple contrat civil, en l'opposant au mariage religieux qu'elle fit disparaître par un simple vote. Au sacrement fut substitué le contrat. Le Code civil, avons-nous déjà vu quelque peu et verrons-nous encore par la suite, n'adopta pas cette manière de voir ; il se contenta de maintenir le mariage civil. Est-ce en haine de la religion ? Nous ne voudrions pas l'affirmer, et peut-être bien est-ce le désir d'assurer la liberté de conscience qui fit pencher la balance en sa faveur. Louons le désir, mais constatons également le résultat désastreux.

Il est bien certain que soumettre les non-catholiques aux formalités du mariage canonique, c'est-à-dire les obliger, pour donner une existence légale à leurs unions, à venir devant le prêtre, était une violence inique. C'était nier la liberté, et ce n'est pas une simple déclaration légale qui peut posséder le pouvoir d'anéantir d'un seul trait de plume toute une catégorie de croyances. C'était pourtant ce qu'avait fait la révocation de l'Edit de Nantes en déclarant catholiques tous les habitants du royaume. Abus véritablement fâcheux contre lequel les ennemis de l'Eglise catholique se sont élevés avec énergie. De notre côté, nous ne saurions trop le blâmer, mais nous en rendons responsable l'Etat non l'Eglise. De nos jours, le mal s'est peut-être déplacé ; il n'en est pas moindre.

Plus de catholiques, plus de protestants, plus rien que des citoyens. L'Etat domine tout et tous. Et lorsque le Code, adoucissant le système révolutionnaire, a consacré définitivement le principe du mariage civil, il a fait en grand ce que la révocation de l'Edit de Nantes avait fait en petit. Ce n'est plus seulement une religion qu'il supprime, c'est toutes les religions ; et si certaines sont contentes du changement, c'est que le hasard ou la faveur les a servies à souhait, ou peut-être encore qu'elles s'accommodent facilement de tout. Quoi qu'il en soit, les voix qui s'élevaient et s'élèvent encore pour blâmer, au nom de la liberté de conscience, la révocation de l'Edit de Nantes, trouvent trop souvent le moyen de vanter, toujours au même titre, le mariage civil. Seuls, les catholiques s'en plaignent. Ont-ils raison ? Certainement oui, et c'est ce que nous allons prouver.

Jusqu'ici, notre étude critique du mariage civil a porté sur l'idée de contrat soutenue par la doctrine contemporaine. Nous avons par là même demandé, à côté de l'élément consensuel, une place plus importante pour l'élément naturel. Nous avons montré que le Code civil et les principes de droit commun n'étaient pas en contradiction avec notre théorie, tant pour les effets que pour la formation du mariage. Arrivé à ce point de notre travail, il faut abandonner ce point de vue. Que le mariage civil soit ou non un contrat, que l'élément naturel soit par lui exigé au même titre que l'élément consensuel, le résultat serait le même. Au

point de vue de sa formation, les inconvénients seraient identiques pour les catholiques, alors même que les points de détail : capacité, nullité, indissolubilité, seraient dans la législation française ce qu'ils sont dans la législation canonique, car le caractère divin et religieux que possède l'élément naturel est nié par la loi civile. Le mariage, simple contrat ou institution sociale ne respecte pas la liberté de conscience. Laissons donc de côté toute question de principe et arrivons à l'exposé des inconvénients signalés.

Nous en trouvons quatre dont un se rapportant à la différence existant entre les empêchements civils et les empêchements de droit canonique ; et les autres au mode de formation du mariage indépendamment des conditions d'existence.

Ces derniers sont, toujours au seul point de vue de la formation les plus considérables. Ils sont tous trois la conséquence de deux articles du Code pénal, les articles 199-200 qui punissent de peine d'emprisonnement et d'amende « tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil... » Entrons dans les détails.

56. — Deux catholiques se sont promis le mariage. Soumis aux lois de l'Eglise, ils ne se considéreront comme définitivement unis l'un à l'autre en qualité d'époux que lorsque leur union aura commencé, et aura

commencé devant le prêtre suivant la loi admise par leur conscience. Jusqu'à cette époque, ils ne seront que fiancés, c'est-à-dire, suivant l'état des fiançailles modernes, tenus de réaliser une promesse dénuée de tout intérêt juridique. Cependant, cette union, avant d'être réalisée, devra être prononcée par l'officier de l'état civil, en sorte que ces jeunes gens seront légalement mariés avant qu'ils ne le soient en conscience, c'est-à-dire réellement. Après cette cérémonie civile seulement, ils pourront procéder au véritable mariage. C'est ce qui se produit tous les jours, et règle générale, tout se trouve être pour le mieux, car les deux mariages se succèdent à un intervalle très rapproché, une heure à peine parfois. Mais il peut n'en être pas toujours ainsi. Le mariage religieux (pour employer l'expression courante) peut ne pas suivre le mariage civil, et ce pour deux raisons qui donnent naissance à deux des inconvénients signalés.

On peut concevoir deux catholiques, mariés civilement, reprendre tous deux d'un commun accord et avant le mariage religieux, la promesse échangée. Quelle sera leur situation ? Au point de vue de leur conscience, en fait, ils sont étrangers l'un à l'autre. En droit, ils sont époux. Vivre ensemble, voilà ce que la loi leur ordonne puisqu'ils sont époux ; voilà ce que leur conscience leur montre comme un crime. Comment sortir de cette impasse ? Demander la nullité ? Mais, par hypothèse, il n'en existe aucun cas. Le divorce n'est

pas davantage admissible puisque ces époux civils n'ont rien à se reprocher qui puisse être considéré comme une cause de divorce. Il leur faudra donc user d'un stratagème, simuler une injure grave quelconque qui les libérera d'une entrave odieuse. Cruelle comédie !

L'injure grave se trouve toute prête dans le second cas. C'est celui où l'un des deux époux catholiques (ou soi-disant tels), refuse, après la célébration civile, de procéder au mariage religieux. Ils sont néanmoins légalement mariés comme dans le cas précédent, et ils le seraient définitivement si la doctrine et la jurisprudence n'assimilaient aux injures graves de l'article 231 le refus de procéder au mariage religieux.

Dans ces deux cas, le divorce met fin à une situation fâcheuse, mais il est facile de se rendre compte que ce n'est là qu'un à peu près, beaucoup moins intolérable que le maintien du mariage mais presque aussi ridicule. Il serait beaucoup plus simple et plus rationnel de ne pas donner effet civil à un mariage qui n'existe pas que de mettre en branle une procédure compliquée pour arriver à un résultat des moins satisfaisants. Le mariage disparaît, mais il n'en est pas moins vrai que, pendant le laps de temps écoulé entre la célébration du mariage et le prononcé du divorce, le mariage civil a produit des effets, le régime matrimonial a existé, ce qui peut entraîner des conséquences regrettables et, en tout cas, contraires à la réalité des choses. Les personnes qui se débarrassent ainsi d'un lien inutile et qu'elles n'ont pas

voulu, seront désormais légalement divorcées. C'est le divorce avant la lettre, comme nous avions précédemment le mariage avant la lettre.

Bien qu'imparfaite et ridicule, cette libération a encore son bon côté, et on ne peut songer sans frémir à la condamnation perpétuelle au concubinat ou au célibat qui résulterait pour ces catholiques innocents, de la disparition du divorce (1), ce qui pourrait fort bien arriver. Ce n'est pas à dire pour cela que nous en souhaitons le maintien, bien au contraire, mais il faut envisager toute l'institution non seulement un point de détail.

57. — Le troisième inconvénient qui résulte de l'application des articles 199-200 du Code pénal, est celui qui semble le plus cruel aux yeux des auteurs qui réclament la suppression des articles incriminés. Il concerne les mariages *in extremis* rendus impossibles par l'exigence de la loi civile. Le délai concernant les publications cause notamment un retard préjudiciable et souvent le malade est mort avant la venue de l'officier de l'état civil. Impossible donc pour le prêtre de remplir son saint ministère. Il a été à ce sujet écrit des pages dignes d'attendrir les plus endurcis. Mais, en réalité, nous doutons que la seule suppression des articles 199-200 du Code pénal soit, dans le cas particulier qui nous occupe, le remède par excellence. Pourquoi

(1) C'est ce qui existait avant la loi de 1884 rétablissant le divorce.

les intéressés veulent-ils procéder à un mariage *in extremis* ? Nous en voyons deux raisons qui, chacune dans sa sphère spéciale, sont deux réparations. C'est d'abord la réparation morale et religieuse défendue par la loi pénale, puis le désir de laisser un nom à une femme et plus souvent encore à des enfants, et permettre à ceux-ci de recueillir la fortune du défunt. Sans mariage, pas de nom, pas de fortune. Principe battu en brèche par l'existence du testament et la reconnaissance des enfants naturels qui, à eux deux, donneront des résultats plus appréciables que la suppression desdits articles. Qu'importe en effet, au point de vue pratique et civil, qu'il soit possible de procéder au mariage religieux, s'il n'est pas reconnu. Ce n'est donc pas directement autour des articles 199-200 qu'il faut agiter la question, mais la placer sur le terrain de l'unité réelle de chaque mariage.

58. — En matière de mariages *in extremis*, nous considérons donc comme indifférente la seule suppression des articles 199-200 du Code pénal. En est-il de même pour les deux cas précédemment étudiés ? La question n'est pas susceptible d'une réponse unique. Il est bien évident que la célébration religieuse avant la célébration civile ferait disparaître ces inconvénients, mais on pourrait, nous semble-t-il, s'accommoder fort bien, sinon desdits articles, du moins de leur principe qui a d'ailleurs plusieurs raisons d'être maintenu.

Tout d'abord, ces articles peuvent être considérés

comme la suite et la sanction du Concordat intervenu entre la France et le Saint-Siège (1). L'un des articles organiques, l'article 54, porte en effet : « Ils (les curés catholiques) ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront en bonne forme avoir contracté mariage devant l'officier de l'état civil. » Que vise cet article ? le mariage ou la seule bénédiction nuptiale ? Quelle en est la portée exacte (2) ? L'accord à ce sujet est loin d'être fait. Quelle que soit la solution que l'on adopte, il est un fait certain, c'est que l'Eglise a subi la prééminence de l'Etat. C'est ce qu'on peut conclure sans crainte de se tromper, et ce qui est loin de faire disparaître les inconvénients que peuvent engendrer les articles 199-200.

Mais, à cette considération imprécise, vient s'en ajouter une autre de plus grande valeur. Elle concerne un cas unique contre lequel lesdits articles seraient une mesure de protection. Disons tout de suite que la pratique ne nous en fournit pas d'exemple, mais, loin de voir là un argument pour la suppression de ces textes, vaut-il mieux peut-être rendre hommage à leur efficacité. Ils empêcheraient, non pas le prêtre de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil, mais certains individus peu scrupuleux de se contenter d'une union qu'ils savent non reconnue par la loi. L'obligation de passer devant l'officier de l'état civil avant d'aller à

(1-2) Paoli, *op. cit.*, p. 125.

l'église, empêche, théoriquement tout au moins, le dol suivant : un individu aurait pu persuader à une jeune fille que le mariage religieux suffit pour une union régulière. Le mariage religieux aurait seul eu lieu, et lorsque la brouille serait survenue dans le ménage, la séparation des époux aurait laissé la femme sans situation légale. Cette crainte était-elle fondée au moment de la confection du Code ? Nous le croyons. Actuellement, elle l'est certainement moins, mais elle l'est peut-être encore. Les articles 199-200 ont donc leur raison d'être.

Si, étendant le débat, nous faisons un peu de généralisation, nous constatons avec amertume que le régime du mariage moderne viole la liberté de conscience et que les législateurs (ceux de 1810 tout au moins) l'ont sciemment voulu, et qu'ils n'ont pas craint dans leur lutte contre l'Eglise de prononcer des peines contre ses ministres. S'ils voulaient réellement atteindre les hommes peu scrupuleux dont nous avons parlé, pourquoi punir ceux qui ne sont pas coupables. La vraie raison des articles 199-200 du Code pénal nous apparaît ainsi comme une arme de l'Etat laïque qui veut prendre dans les consciences la place de l'Eglise. Ils sont aussi l'aveu par l'Etat de l'existence en fait du mariage religieux qu'il nie en droit.

59. — Supprimer purement et simplement les articles 199-200 serait s'exposer à un danger possible. Ce danger n'existerait-il pas qu'il n'y aurait là qu'une demi-

mesure. Les jurisconsultes qui ont lutté pour le mariage religieux l'ont compris et ont fait porter leurs efforts sur d'autres points.

C'est, en premier lieu la proposition Batbie (1) qui voudrait « que, devant l'officier de l'état civil, les conjoints déclarassent s'ils entendent célébrer leur mariage religieusement ou non. Si non, le mariage civil serait définitif ; si oui, la loi ne reconnaîtrait le mariage qu'autant qu'on justifierait de la célébration religieuse. Ainsi se concilierait le droit individuel avec l'intérêt général, et satisfaction serait donnée à la liberté de conscience d'une manière pleine. Ainsi disparaîtrait une oppression qui ne sera, j'en conviens, que fort rare, mais qui est possible, et qui serait assurément cruelle pour ceux qui auraient le malheur de se trouver dans l'exception ».

Réalisée, cette réforme supprimerait à n'en pas douter le deuxième inconvénient que nous signalions : celui résultant du refus par l'un des époux de procéder au mariage religieux après la célébration civile. Mais pour le reste, le conflit n'en subsisterait pas moins. Ce serait un pas en avant mais, ne découlant pas d'un principe ferme, il ne serait pas accompagné d'autres. En effet, le reproche que nous pourrions faire à cette proposi-

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXVIII, 1866, p. 125 et suiv. ; t. XXX, année 1887, p. 61 et suiv. Il existe beaucoup de systèmes qu'on pourrait multiplier à l'infini, nous nous tiendrons à l'exposé des principaux ayant pour auteurs : Batbie, Duverger, Marcadé.

tion est de s'attaquer à un seul point de détail. Elle reconnaît par là-même et consacre les erreurs que contient le principe du mariage civil : l'admission de l'idée de contrat, la séparation du contrat et du sacrement, la prédominance donnée à l'élément consensuel à l'exclusion presque complète de l'élément naturel, la relégation du sacrement au rang de simple accessoire du mariage. De cette manière, le célèbre jurisconsulte fait appel à la seule bonne volonté du législateur qui se refuse à l'entendre ; il lui demande de faire exception à un principe incontestable, à savoir qu'il n'y a pas de mariage à terme ou sous condition. En sorte que, en n'accordant pas à M. Batbie, ce qu'il demande, le législateur ne fait qu'appliquer un principe qu'il ne veut pas entamer. Il a raison, car un principe entamé par une exception ne tarde pas à devenir exception lui-même.

Quant aux autres reproches qui peuvent être adressés à ce système, il est inutile d'en tenir compte bien que mérités. Que nous importe qu'on touche à l'unité des mariages ou qu'on complique leur formation légale ! Ce que nous recherchons, c'est le vrai principe du mariage. Le reste en découlera naturellement.

60. — Nous retiendrons cependant le reproche d'inutilité fait à ce système par Duverger (1). Pour ce dernier, point n'est besoin d'innovation. Le Code suffit à lui seul pour assurer le respect de la liberté de cons-

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXVIII, année 1866 ; t. XXX, année 1867.

cience, et cela par l'application des articles 213 et 214. Se refuser à la célébration religieuse est contrevenir aux devoirs qu'ils imposent. Il y a de ce fait injure grave et possibilité de séparation de corps (aujourd'hui nous pouvons dire : de divorce). C'est un peu là le raisonnement de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines, mais nous ne pouvons y souscrire que faute de mieux ; la survivance ou la dissolution du lien légal dépendra de l'arbitraire du juge qui pourra ou non voir dans ce refus une injure grave. Même en supposant cette jurisprudence définitivement établie, ne voyons-nous pas le manque de cohésion qui en résulte. Le seul mariage légalement valable est le mariage civil ; la loi ignore le mariage religieux. Et voici que les magistrats civils brisent la seule union qui soit valable parce que l'union religieuse est impossible. Qui donc soutiendra après cela l'inexistence du caractère divin et religieux du mariage ! Il s'impose à tous, même à ceux qui ont mission de le détruire.

Nous avons déjà dit un mot de cet emploi du divorce pour libérer des époux civils non mariés religieusement ; nous n'y reviendrons pas. Notons seulement que Duverger se contentait de la séparation de corps qui existait à cette époque à l'exclusion du divorce. Il faisait alors des époux séparés sans mariage, comme aujourd'hui on fait des divorcés sans mariage.

Ah ! nous savons bien ce que l'on va nous répondre. Pas de mariage ! dira-t-on. Et le prononcé de l'union

par l'officier de l'état civil ! qu'en faites-vous ? Voilà le vrai mariage. Evidemment, c'est ce prononcé (nous raisonnons d'après la doctrine officielle) qui forme le mariage, mais ce mariage, il faut que les parties l'aient voulu, et les catholiques ne le veulent pas. Pourtant, dira-t-on, ils ont donné leur consentement, personne ne peut aller au delà. La validité du consentement mise à part, ceci est rigoureusement exact dans la doctrine que nous combattons ; mais il faut pour cela admettre l'idée de contrat, autrement dit donner effet à titre de mariage à de simples promesses qui n'ont aucun caractère juridique et que la loi ne reconnaît pas même lorsqu'elles sont officiellement échangées, supprimer l'élément naturel du mariage pour ne voir que l'élément consensuel. Or, c'est ce qui n'est pas possible. C'est ce qui est contraire aux dispositions du Code civil et surtout à la nature des choses. Nous l'avons déjà montré ; nous compléterons notre critique dans le dernier chapitre de ce travail.

61. — La prononciation du divorce dans un cas semblable est du plus haut comique malgré les avantages pratiques qu'elle peut avoir. Ces avantages, la séparation de corps ne les connaissait pas.

C'est pourquoi le système Duverger, repoussé par Batbie et par lui classé parmi les « tours de force », ne satisfaisait pas Marcadé. Lui aussi jugeait toute innovation inutile et trouvait dans le Code, — toujours pour le seul cas qui nous occupe, — le moyen de donner sa-

tisfaction aux consciences catholiques (1). Ce n'étaient pas les articles 213 et 214 qu'il invoquait mais l'article 180. Il ne s'agit plus alors de séparation de corps mais de nullité pour « erreur dans la personne ». Quiconque a épousé une personne la croyant bonne catholique s'est bien certainement trompé si cette personne refuse de procéder au mariage religieux. Donc le mariage est annulable, nous dit Marcadé, en application de l'article 180.

Laissant de côté la théorie des mariages nuls et annulables que nous traiterons dans le chapitre suivant, voyons ce que vaut cette opinion. Elle a sur celle de Duverger, sur la prononciation du divorce actuellement, l'avantage d'effacer toute trace de l'union fictive. Prononçant la nullité non la non-existence du mariage, elle ne mérite pas le reproche, fait au système de Batbie, de rendre le mariage civil conditionnel. Mais elle possède tous les autres inconvénients. De plus, elle attribue à l'article 180 une portée qu'il ne peut pas avoir. Où s'arrêtera-t-on si l'on commence l'annulation des mariages pour semblable cause.

Nous repoussons donc tous les systèmes proposés comme étant insuffisants et contraires au principe du mariage. Ils peuvent tout au plus atténuer un point du conflit, mais ils laissent subsister derrière eux des inconvénients multiples.

(1) Ch. Daniel, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

62. — Parmi ceux-ci, il s'en trouve encore un à signaler ici, mais qui, au seul point de vue de la formation du mariage, passe inaperçu. C'est la différence entre les empêchements civils et les empêchements de droit canonique. Prescrits par l'un d'eux, certains sont passés sous silence par l'autre. De sorte que deux personnes pouvant se marier civilement ne le pourront religieusement et réciproquement. Mais cela ne créera pas d'ennuis considérables, car, des deux côtés des publications sont nécessaires, et si un empêchement surgit d'un seul, on en sera quitte pour ne pas se marier. Ajoutons que les dispenses sont largement accordées, et qu'une personne qui a l'intention de se marier religieusement ne se mariera civilement que si elle est assurée de pouvoir s'unir suivant les lois de l'Eglise. Mais où l'inconvénient apparaîtra, c'est lorsque la nullité d'un mariage sera prononcée par l'un des pouvoirs sans l'être par l'autre. Nous voici ainsi amené à nous occuper des nullités de mariage qui vont faire l'objet du chapitre suivant avec la séparation de corps et le divorce.

*
* *

Avant d'en arriver là, résumons d'un mot le travail de ce chapitre.

Nous y avons prouvé les propositions suivantes :

Le mariage d'Adam et d'Eve, « le modèle des autres », se présente non comme un contrat mais comme une

institution divine. L'élément consensuel n'y apparaît qu'imparfaitement, l'union naturelle domine.

Historiquement, le mariage revêt un caractère sacré et religieux. Le consentement est exigé sans forme, l'union réelle constitue le mariage.

D'une manière générale, l'élément consensuel précède ou est concomitant à l'union définitive. Dans le premier cas, il se nomme fiançailles ; dans le second réuni à cette union, il est une condition du mariage, non le mariage lui-même.

C'est ce qui existe encore dans notre droit français. Le consentement, l'accord de volontés, ne forme pas un contrat. Le Code ne lui donne aucune valeur juridique. Il est les fiançailles réunies au mariage, non le mariage.

C'est l'élément naturel, manifesté par l'établissement de la vie commune, qui forme le mariage. La célébration civile n'est autre que la reconnaissance d'un état de fait.

Le mariage civil, tel qu'il est actuellement compris, est contraire à la liberté de conscience, à la nature des choses.

CHAPITRE VI

NULLITÉS. — SÉPARATION DE CORPS. — DIVORCE.

Lorsque l'officier de l'état civil a prononcé l'union des parties, celles-ci ont l'état d'époux. Le mariage est parfait, et le titre qui en fera preuve est aussitôt rédigé. Mais cet état, désormais acquis, peut subir divers sorts. Il peut, et c'est là son but, survivre jusqu'à la mort des époux. Il peut aussi, avant cet événement, disparaître par le prononcé de la nullité du mariage ou du divorce, voir ses effets atténués par la séparation de corps. D'où trois points que nous allons examiner : nullités, divorce, séparation.

SECTION I. — **Nullités.**

63. — Bien que nous ayons acquis la certitude que le mariage n'est pas et ne peut pas être un contrat, il faut néanmoins continuer notre travail en prenant comme point de départ l'opinion doctrinale contemporaine : le mariage est un contrat. Comme tous les contrats, il sera par conséquent soumis à certains cas de nullité. Et tel mariage prouvé par un acte de l'état civil peut fort bien ne pas exister en fait. Dire qu'il n'existe

pas et en détruire la preuve est conforme à la réalité des choses, peu importe qu'on fasse du mariage une simple convention ou une union réelle. Malheureusement, la théorie des nullités est loin d'être aussi simple, et son application au mariage donne lieu à des réclamations.

On peut diviser les nullités de contrat en deux classes : celles qui rendent le contrat inexistant et celles qui en rendent possible l'annulation bien que le contrat soit existant. Les premières ne peuvent pas se couvrir : ce qui n'existe pas est toujours nul ; les secondes peuvent au contraire disparaître et le contrat est à jamais valable. En sorte que, lorsqu'un débiteur demande aux tribunaux l'annulation de l'engagement qui le lie, ceux-ci, dans le premier cas, déclarent que le contrat n'a jamais existé, tandis que, dans le second, ils brisent une convention existante mais dont la validité était viciée. Ces vices qui produisent soit la nullité absolue, soit la nullité relative peuvent affecter le consentement ou l'objet du contrat : l'obligation.

64. — Dans le mariage, le consentement seul est en jeu. On peut se demander s'il existe, si, malgré son existence certaine, il ne se trouve pas entaché de vices quelconques, si enfin les parties qui ont consenti avaient la capacité suffisante. Suivant les cas, le mariage sera inexistant ou simplement annulable.

Que le mariage soit inexistant et que les intéressés puissent faire prononcer par les tribunaux que cedit

mariage n'a aucune existence réelle, cela personne ne le conteste. Mais qu'il soit possible de briser un mariage réellement existant parce qu'il se trouve soi-disant vicié. Non (1). Les adversaires du divorce s'y refusent et avec eux tous ceux qui considèrent le mariage comme une institution divine : *Quod Deus conjunxit homo non separet*. C'était là la manière de voir de l'ancien droit français, et Pothier s'exprime très clairement à ce sujet : « Aucune puissance, dit-il, ne peut casser un mariage lorsqu'il a été valablement contracté, car Dieu même ayant formé le lien du mariage aucune puissance humaine ne peut le dissoudre. *Quod Deus*..... Mais lorsqu'il y a contestation sur la validité d'un mariage, il appartient au juge de décider s'il a été valablement contracté ou non ; et le jugement par lequel le juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté et qu'il est nul est ce que nous appelons ici cassation de mariage » (2). Du temps de Pothier, la théorie était claire, aujourd'hui elle est singulièrement confuse. Et lorsqu'on recherche un appui dans les discussions du Conseil d'Etat, on ne rencontre rien de précis (3). Néanmoins, Marcadé se fait l'apôtre des mariages annulables et, adoptant l'opinion de Bonaparte, il laisse de côté celle de Tronchet, Malleville, Berlier et Portalis. Et c'est cette annulabilité du mariage pour erreur dans la

(1) P. Ch. Daniel, *Mariage chrétien*, p. 13 et suiv.
(2) Pothier, *Contrat de mariage*, p. 201.
(3) P. Ch. Daniel, p. 42.

personne qu'il offre aux catholiques pour reprendre leur liberté, ainsi que nous avons vu dans le chapitre précédent. Système peut-être pratique, mais contraire à la nature des choses et partant d'un principe trop dangereux.

Nous pourrions le discuter longuement en nous basant sur l'indissolubilité naturelle du mariage. Mais le moment n'est pas venu, nous semble-t-il, d'étudier ce dernier principe. Nous élargirons donc le débat, et c'est encore la conception du mariage qui en fera les frais.

Dans toute nullité de contrat, ce qui fait l'objet de la discussion est, avons-nous déjà vu, le consentement ou l'obligation. Le premier seul est ici en jeu, sa validité est seule en cause. Etudions donc le consentement d'une manière indéterminée. Peut-on dire d'un consentement qu'il existe, mais vicié par exemple par le dol, l'erreur ou la violence ? Peut-on dire qu'il existe mais qu'il a été donné par une personne incapable ? Du consentement vicié au consentement qui n'existe pas, il n'y a, au point de vue pratique, qu'une nuance infinitésimale qui, croyons-nous, existe plus dans l'esprit des partisans de l'annulabilité que dans la réalité. Ce qui existe vraiment, c'est le degré d'appréciation. Un consentement inexistant est si gravement vicié que, quelles que soient les circonstances de la cause et la manière de voir du tribunal appelé à juger l'affaire, la nullité sera reconnue. Dans les autres cas, au contraire, où le consentement se trouve moins vicié, où la nullité n'appa-

raît pas d'une manière aussi manifeste, le consentement sera déclaré valable par les uns, inexistant par les autres. C'est alors qu'on le désigne sous le nom d'annulable. Sa nullité est moins radicale ; c'est tout ce qu'on peut affirmer. Et nous ne voyons pas d'inconvénients à ce que le langage pratique traduise ce degré d'appréciation dans la phrase suivante : il y a des contrats inexistants et des contrats annulables.

Mais ce langage approximatif tend de plus en plus à prendre une signification précise. Et la doctrine en arrive à considérer les contrats annulables comme réellement existants mais susceptibles d'être brisés par l'autorité judiciaire. Nous ne passerons pas notre temps à discuter cette opinion. Qu'il y ait des contrats nuls et des contrats annulables, cela nous est, en l'espèce, absolument indifférent. Car qu'est-ce que le mariage ? Un contrat ? Non pas. Il y a, comme nous l'avons prouvé, dans le mariage un accord de volontés, un consentement par conséquent ; mais, dépourvu par la loi de toute valeur juridique, il ne peut, d'autre part, former par lui-même le mariage qui demeure par définition l'union intime de l'homme et de la femme. En un mot, à l'élément consensuel s'ajoute l'élément naturel, et le premier est la condition de validité du second. Par conséquent, pour que l'union naturelle, le mariage, puisse s'établir valablement, il faut que la condition préalable et concomitante, le consentement, ait une existence régulière. De ce fait, ce qui est annulable, ce que la loi

déclare existant mais pouvant être brisé par les tribunaux, ce n'est pas le mariage, mais le seul consentement, condition du mariage. La justice annule le consentement vicié et déclare par là-même que le mariage n'a pas pu prendre naissance, n'a jamais existé. Pour accepter cette solution, il faut, il est vrai, comme nous l'avons fait, repousser l'idée de la promesse de se prendre pour époux transformée en mariage de par la volonté de la loi. Il faut voir dans le mariage l'union naturelle précédée des fiançailles, la vie commune promise par le consentement. De cela, nous sommes intimement convaincu, et nous avons tiré notre conviction de la nature des choses, de l'histoire du mariage et des dispositions du Code civil. Nous dirons donc que, s'il est possible d'annuler un contrat existant mais vicié dans quelqu'une de ses parties « aucune puissance ne peut casser un mariage », elle ne peut qu'en reconnaître l'inexistence.

65. — Il nous faut maintenant dire un mot des causes de nullité du consentement au mariage. Peut-être trouverons-nous encore là des indices précieux pour la conception du mariage. Tout d'abord, nous pouvons constater que, avec les nullités, nous rentrons dans le cadre des empêchements, et à ce sujet nous avons déjà vu que la capacité matrimoniale était avant tout une capacité naturelle. Complétons ces quelques indications par l'énoncé de l'article 185 du Code civil: « Néanmoins, dit cet article, le mariage contracté par des époux qui n'avaient

point encore l'âge requis, ou dont l'un d'eux n'avait point cet âge, ne peut plus être attaqué : 1°..... 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois. » Cet article nous confirme pleinement dans notre opinion. L'élément naturel est exigé par la loi à côté de l'élément consensuel pour la formation du mariage et le premier semble même y avoir plus d'importance que le second ? Nous en avons une preuve dans l'existence des cas de nullité résultant de la violation des articles 147, 161, 162 et 163. Ajoutons que la nullité résultant de l'impuissance comme cause d'empêchement, fut sur le point d'être maintenue dans notre législation, et que, seule, la crainte de voir se renouveler les scandales auxquels avait donné lieu la pratique du congrès la fit disparaître.

Bref, ici comme partout, le mariage s'affirme comme union naturelle. A la prédominance donnée à l'élément consensuel par la doctrine doit être substituée celle de l'élément naturel.

66. — Cependant, par suite du refus de la loi civile de reconnaître le caractère divin et religieux du mariage, il résulte que l'application du mariage-union naturelle précédée du consentement des époux tel qu'on peut le faire sortir des articles du Code, fait naître, aussi bien que l'application du principe du mariage-contrat tel que nous le donne la doctrine, un conflit pour le mariage des catholiques (1). En effet, la liste des

(1) Nous ne ferons pas ici l'extension signalée au chapitre v, rela-

cas de nullité est différente en droit civil et en droit canonique. En sorte que, telle union annulée par l'un des deux pouvoirs pourra être maintenue par l'autre. Epoux pour l'un, ils seront étrangers pour l'autre.

Lorsque le mariage religieux est seul annulé, pour impuissance par exemple, ou dissout avant la consommation, nous nous retrouvons dans la même situation anormale que celle précédemment signalée, lorsque, après la célébration civile, l'un des époux refuse de procéder à la célébration religieuse. Une cause simulée de divorce aura raison de ce lien factice. C'est toujours la même comédie.

Mais, si les époux peuvent faire disparaître, par un moyen détourné, un lien qui leur pèse et qui ne répond à rien de réel, quand c'est la nullité du mariage religieux qui est reconnue, ils ne peuvent mettre fin à leur situation équivoque dans l'hypothèse inverse. Lorsque des époux catholiques voient le mariage civil annulé, pour défaut de consentement des parents par exmple, ils ne peuvent pas se considérer comme n'étant plus époux. Le seul mariage valable pour eux, le mariage religieux, subsiste toujours ; ils demeurent unis. Et alors, ils ont le choix : ou demeurer ensemble et être traités par la loi en concubins bien que, en conscience,

tive aux conflits se rapportant à la formation du mariage. Les religions, autres que le catholicisme, reconnaissent généralement la validité du seul lien civil, accordant aux pouvoirs civils tout droit sur le lien conjugal. Il n'y a donc pas de conflit possible.

ils soient de véritables époux ; ou, au mépris de leur foi, se séparer l'un de l'autre et peut-être contracter un nouveau mariage civil, véritable adultère. Les critiques qui peuvent être adressées à cette dernière éventualité légale se retrouveront identiques lorsque nous traiterons du divorce ; nous y renvoyons purement et simplement.

Ces difficultés n'ont pas été prises en considération par ceux qui essayèrent de mettre le Code en harmonie avec les préceptes admis par la conscience des catholiques. Seul Batbie y a songé pour déclarer que l'union nulle religieusement continuerait de subsister civilement. « Si les parties, dit-il, ont déclaré subordonner la perfection du mariage à la célébration religieuse, l'acte de mariage ne sera parfait que par la mention de cette célébration en marge du registre. Cette mention faite sur la réquisition des parties emportera renonciation à toute nullité fondée sur les usages et règlements en matière de célébration religieuse. » Que les catholiques ne puissent pas se contenter d'un semblable système ; cela se conçoit sans démonstration. Mais nous sommes également persuadé qu'il est contestable au seul point de vue civil. Pour établir sa réforme, Batbie porte atteinte à un principe incontestable : l'impossibilité des mariages à terme ou conditionnels. Première faute. La condition, une fois admise, il la détruit à demi. Seconde faute. En effet, cette condition est le mariage religieux. Ce mariage effectué, la condition est réalisée

et le mariage civil valable. Mais, si après sa célébration, le mariage religieux est reconnu inexistant, la condition n'a pas été réalisée et le mariage civil n'a par conséquent jamais eu d'existence. Pas de doute possible. Eh bien ! de cela Batbie n'en a cure. Si le mariage religieux n'est pas valable, le mariage civil le demeure. Le mariage conditionnel vaut, bien que la condition ne soit pas réalisée. Voilà à quoi l'on arrive lorsqu'on veut contenter tous les partis en partant d'un principe faux.

Quant aux autres propositions : suppression des articles 199-200 du Code pénal ; injure grave (art. 213-214, C. civ.) ; nullité pour erreur dans la personne (art. 180) ; elles ne sont d'aucun secours dans le cas présent.

Il existe pourtant, croyons-nous, un moyen de donner satisfaction aux consciences catholiques. Et si les systèmes proposés n'arrivent pas à ce résultat, c'est qu'ils s'attachent à un point de détail sans s'occuper du principe admis par la doctrine qu'ils considèrent comme parfait. Nous avons montré qu'il n'en est rien, et de cette idée de contrat vient le mal en grande partie. Nous espérons donc, après avoir établi le véritable principe du mariage, pouvoir arriver à contenter tout le monde uniquement par l'application dudit principe. Ce sera là, en partie, l'objet du dernier chapitre de notre travail.

Maintenant que nous en avons fini avec l'hypothèse des mariages nuls, c'est-à-dire viciés *ab initio*, nous de-

vons faire porter notre étude sur les mariages valables et nous demander quelle est leur durée légale. Ici, nous aurons encore à relever un conflit entre les législations civile et canonique qui n'ont pas les mêmes idées sur l'indissolubilité du mariage. Voyons donc auparavant ce qu'est l'indissolubilité en elle même.

SECTION II. — De l'indissolubilité.

67. — Le principe du maintien du lien conjugal jusqu'à la mort de l'un des époux, tel est l'indissolubilité matrimoniale. Principe simple et bon par excellence et qui, depuis longtemps, serait consacré dans nos lois si les passions religieuses et anti-religieuses ne s'en étaient mêlé. Vieux comme le monde puisqu'il régit le mariage de nos premiers parents, il fut toujours considéré comme la règle la plus sainte imposée aux époux. Obscurci souvent lorsque les mœurs étaient en décadence, il n'en était pas moins reconnu par la saine morale qui cherchait à le faire prévaloir. Ce fut le Christianisme qui y parvint. Désormais, l'indissolubilité, tout en demeurant une vérité morale, devint un dogme de la nouvelle religion (1). Ce fut là une première source de confusions. Habitués à considérer la nature sacramentelle de l'union catholique, les auteurs rattachèrent l'indissolubilité non pas à l'union elle-même,

(1) Duverger, *Revue critique*, t. XXX, année 1867, p. 337.

mais au seul sacrement pris individuellement. Erreur souvent commise et facilitée par la séparation du mariage canonique en deux actes : contrat et sacrement (1).

Aussi, lorsque les chefs de la Réforme dénièrent au mariage le caractère de sacrement, beaucoup comprirent qu'ils repoussaient par là-même l'indissolubilité matrimoniale. Il n'en était rien, mais pressés par certains seigneurs puissants dont l'appui leur serait acquis en retour pour la divulgation de leur doctrine, ils finirent, après trois ans de tâtonnements, par leur permettre le divorce tout en maintenant l'indissolubilité naturelle du mariage, sauf le cas d'adultère. Triste complaisance qui entrera plus tard en ligne de compte sous le vocable : liberté des religions. Celle-ci n'est pourtant pas en jeu, puisque la religion réformée retire au mariage tout caractère religieux.

Ce qu'il importe de bien mettre en relief pour le moment est que l'indissolubilité est d'ordre moral, d'ordre naturel. De cela, beaucoup sont convaincus. Citons quelques opinions.

C'est tout d'abord David Hume qui invoque en faveur de l'indissolubilité « le témoignage de l'expérience » (*Œuvres philosophiques*, Londres, 1788, t. VI, 8e « Essai », p. 319). Rousseau « n'était pas sous l'empire d'une illusion religieuse lorsqu'il disait par la bouche d'Emile : « L'idée de mon fils m'attendrit pour sa mère plus que

(1) Cette erreur est encore fréquemment commise de nos jours : Beudant, Laurent, etc.

rien n'avait fait auparavant. Je sentis que ce point de réunion l'empêcherait toujours de m'être étrangère, que les enfants forment un nœud vraiment indissoluble entre ceux qui leur ont donné l'être, et une raison naturelle et invincible contre le divorce. » En 1831, Odilon Barrot reconnaissait que l'indissolubilité pouvait être défendue dans l'ordre purement civil. — Plus tard, en 1848, M. Vapereau, qui n'était pas « sous l'influence du dogme catholique », écrivait : « C'est à cette seconde opinion (l'indissolubilité) que je me sens forcé de m'arrêter, quoiqu'elle me place en passant dans les rangs des éternels ennemis de la philosophie et de la liberté. Dévoué de cœur à l'une et à l'autre, je combattrai le divorce avec les armes de la philosophie qui à la fois éveille dans nos âmes le sentiment de la liberté et la contient dans de légitimes limites. Je ne repousserai donc pas le divorce en l'appelant avec M. de Bonald, une monstruosité de l'esprit révolutionnaire et philosophique. Je ne le repousserai pas non plus au nom d'une prétendue religion d'Etat, sous le régime qui nous est si cher de la liberté religieuse. Je le repousserai comme funeste à la société dont il ébranle la plus ferme base ; je le condamnerai au nom de la nature humaine, de ses sentiments les plus nobles et les plus délicats, au nom des devoirs de l'homme, au nom même de son bonheur. » (« La liberté de pensée », *Rev. philos. et litt.*, t. II, p. 218 et 219). — C'est au nom de la morale que l'indissolubilité est justifiée par « MM. Adolphe Garnier

et Paul Janet, trop clairvoyants pour se méprendre sur la cause réelle de leur conviction philosophique » (Garnier, *Morale sociale*, p. 113 ; Janet, *La famille*, p. 281). C'est dans la nature que Jules Simon trouve « l'union indissoluble de l'homme et de la femme, d'un homme et d'une femme » (*La Liberté*, t. I, p. 283) (1).

Nombreux sont les auteurs qui se font ainsi les apôtres de l'indissolubilité morale et reconnaissent que, « expression la plus élevée de la loi naturelle, elle est devenue la base de l'avenir » (2).

Ceux qui, au contraire, réclament contre ce principe, considèrent le mariage comme une partie de plaisir soumise à la liberté individuelle la plus large, et qui doit prendre fin lorsqu'on n'y trouve plus d'agrément ; ou encore le repoussent pour cette seule raison qu'il est admis par l'Eglise. Nous ne saurions mieux trouver dans ce dernier sens que l'appréciation ci-après. « Le contrat de mariage, écrit M. Tissot, n'a rien que de très naturel, rien de mystique, et si l'Eglise veut y voir autre chose, c'est bien assez qu'elle soit libre de le faire, mais nul ne peut être obligé de se soumettre à cette manière de voir ni contraint d'y subordonner son mariage. Le mariage est de droit naturel, il est essentiellement dissoluble ; l'autorité civile a non seulement le droit mais le devoir de l'envisager de cette façon ; elle com-

(1) Toutes ces opinions se trouvent rapportées par Duverger, *Revue critique*, t. XXX, année 1867, p. 335 et suiv.

(2) Durrieux, *Divorce et séparation de corps*, p. 97.

met un abus de pouvoir en se prêtant aux vues contraires de l'Eglise. » Telle est cette opinion qui prétend « s'inspirer uniquement de la raison et de la conscience naturelle » et dans laquelle on ne rencontre, hélas ! qu'erreur et haine religieuse.

Beaucoup plus vrai et plus raisonnable était le langage de Portalis qui, à la Chambre des Pairs, le 28 mars 1832, disait : « Si l'indissolubilité du mariage est bonne en soi, si elle est conforme à la nature des choses, favorable aux intérêts publics et privés, faut-il la rejeter parce que la religion catholique la proclame ? Il faudrait donc renoncer à tous les principes fondamentaux de l'ordre et de la morale parce que cette religion les a consacrés ! Une prévention aveugle ou un fanatisme absurde pourraient seuls raisonner de la sorte. »

Si chacun se plaçait sur ce terrain neutre, la discussion serait close depuis longtemps. Quoi qu'il en soit, le divorce existe toujours à côté de la séparation. Voyons les raisons qui l'ont fait maintenir, les arguments qui le soutiennent, les critiques qu'il mérite. Voyons, en un mot, ce qui reste de l'indissolubilité matrimoniale, en étudiant la séparation de corps et le divorce.

SECTION III. — **Séparation de corps et divorce.**

68. — Nous avons déjà vu que la législation française d'avant la Révolution, s'inspirait surtout du droit canonique. Le divorce en était par conséquent banni,

seule la séparation de corps existait. Qui se plaignait de cet état de choses ? Personne. Aucune voix ne s'élevait pour se plaindre de la rigueur de l'indissolubilité et vanter les bienfaits du divorce. Les rapporteurs des dispositions législatives concernant le mariage, n'y avaient même pas songé. Et lorsqu'il fut admis, ses avantages ou ses inconvénients ne furent pas discutés, l'indissolubilité naturelle ne fut pas niée puisqu'elle ne fut pas mise en jeu. On y vit simplement une conséquence forcée du principe nouveau : le mariage, simple contrat. Lorsque, pour la première fois, le 30 août 1792, il fut, à l'Assemblée législative, question du divorce, il ne fut envisagé que comme la dissolution d'un contrat. Aubert-Dubayet ne demanda même pas si le mariage était ou non dissoluble, il demanda de fixer « la manière dont ce contrat pourra être rompu ». Sacrement, union naturelle, lien conjugal, tout a disparu pour faire place à la volonté des parties, devenue souveraine unique. La demande d'Aubert-Dubayet était logique, on lui donna immédiatement satisfaction. Désormais le mariage fut un contrat dissoluble par le divorce, c'est-à-dire, sous l'empire de la législation révolutionnaire, par la simple volonté des époux sans cause déterminée. Les esprits n'étaient, hélas ! que trop disposés à se contenter des unions passagères ; les résultats de cette innovation furent des plus scandaleux. Aussi les réclamations ne se firent-elles pas attendre. « Dès le 24 brumaire an V, Reynaud se plaint au Conseil des Cinq-Cents que le ma-

riage est anéanti et changé en concubinage successif.... Le 26 brumaire an V, un autre orateur demande au législateur de faire cesser un scandale vraiment alarmant pour les citoyens. P. Deville appuie la proposition, sur la nécessité de fermer le marché de chair humaine. Il revient à la charge le 11 frimaire an V et dénonce la loi du divorce comme ayant organisé le concubinage et ouvert la porte à tous les désordres avant-coureurs de la dissolution des familles (1). » Tristes conséquences du principe admis.

Le divorce, introduit par surprise dans notre législation, fut au moment de la confection du Code sur le point de disparaître. Considéré en lui-même et dans ses résultats, il aurait certainement été rayé des institutions sociales sans « l'insistance du Premier Consul » (2) qui le fit conserver « plutôt par intérêt personnel que par conviction » (3). Aussi, sous l'empire du Code, l'indissolubilité est le vœu de la nature, c'est le principe, et si le divorce est admis, c'est uniquement à titre exceptionnel comme remède à un mal (4), et par suite de « considérations d'opportunité » (5). Les législateurs, en votant l'abolition du divorce, auraient craint surtout

(1) Durrieux, *Divorce et séparation*, p. 150.

(2) Ch. Beudant, t. II, p. 9.

(3) E. Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe. Etude de législation comparée*, 2e édit., Paris, 1880, p. 264.

(4) Ch. Beudant, t. II, p. 9.

(5) Glasson, *Mariage civil et divorce*, p. 265.

« de soulever l'opinion publique contre eux. Malgré tout, il est bien certain que, dans le Code, le mariage est une institution civile, sociale, mais, au point de vue du divorce, l'idée de contrat n'apparaît nullement. Si la volonté des époux crée le mariage, l'état qui en résulte ne lui est pas soumis (1), seule la justice, c'est-à-dire l'Etat, peut briser le lien conjugal pour certaines causes déterminées. Ces causes de divorce sont aussi celles de la séparation de corps qui fut maintenue à côté du divorce.

La loi du 8 mai 1816 mit fin à cet état de choses en supprimant le divorce pour qui « l'opinion publique avait toujours éprouvé une véritable répulsion » (2) et « aucune récrimination » ne s'éleva contre elle. Malheureusement, l'auteur du projet de cette loi, M. de Bonald, eut « le tort de présenter son système comme une réaction catholique... en revendiquant pour son parti le monopole exclusif d'une doctrine juste ». La réaction appelle la réaction et c'est ce qui explique la réapparition du divorce dans nos lois, votée en 1884. Grande dut être la déception de ceux qui croyaient le divorce à jamais aboli (3), et qui applaudissaient par là-même au « progrès de la raison philosophique » (4). Cette raison philosophique serait-elle en recul ? Oui

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, p. 5.

(2) E. Glasson, *Ibid.*, p. 267-268.

(3) Durrieux, *Divorce et séparation*, p 97 ; Valette, dans Duverger, *Revue critique*, t. XXX, année 1867, p. 337.

(4) Duverger, *Revue critique*, t. XXX, année 1867, p. 338.

sans doute, si nous en jugeons par l'extension toujours croissante du divorce.

Mais le but de ce travail n'est pas de faire le procès de la raison philosophique. Revenons donc au sujet de notre discussion. Un élément nouveau vient de nous apparaître : l'indissolubilité naturelle du mariage, contrebalancée par une exception considérable : le divorce largement appliqué. En sorte que, dans la doctrine contemporaine, le mariage nous apparaît comme un contrat naturellement indissoluble. Le divorce n'est que le remède d'un mal. Pour le discuter, nous n'aurons donc pas besoin de rechercher s'il se présente avec le même caractère que la dissolution des autres contrats, s'il est une résiliation, une résolution ou une révocation. Nous ne nous arrêterons pas davantage à établir que « la nature juridique du mariage, contrat civil, s'oppose à ce qu'il puisse se dissoudre autrement que par la mort » puisqu'elle « n'admet ni terme ni condition » (1). Cela nous semble superflu pour deux raisons : d'abord parce que le divorce n'est pas actuellement considéré comme la suite logique et nécessaire de l'idée de contrat mais comme la rupture, à titre exceptionnel, du lien conjugal ; ensuite parce que nous avons, nous semble-t-il, suffisamment combattu l'idée de contrat dans les chapitres précédents.

69. — Les propositions qu'il nous faut étudier sont les suivantes :

(1) E. Glasson, *Consentement au mariage*, p. 300.

Le mariage est en principe indissoluble ;

Mais le divorce peut néanmoins être prononcé pour certaines causes, parce que :

1° Il n'y a pas de principe sans exception ;

2° Le divorce est admis par certaines religions ;

3° Il est le remède nécessaire à un mal ;

4° Il a des avantages que ne possède pas la séparation de corps.

Le principe de l'indissolubilité régit le mariage. Mais quel est ce principe ? Quel en est le véritable caractère ? Est-il simplement moral et doit-il être rangé par le législateur parmi les dispositions concernant l'ordre public et les bonnes mœurs ? ou bien fait-il partie des règles supérieures, imposées par la nature ?

Nous ne répéterons pas ici tout ce qui a été dit dans un chapitre précédent au sujet des dispositions d'ordre public et moral, pas plus que ce qui a été vu au sujet du droit naturel et primordial auquel la loi doit se conformer. Nous nous y référerons purement et simplement pour en faire l'application au cas présent.

Or, qu'est-ce qui se trouve être indissoluble ? Pas de doute possible : c'est le lien conjugal. Qu'est-ce que ce lien ? Nous n'en avons rien dit jusqu'ici. Il nous faut donc rechercher ce qu'il est et d'où il résulte.

Le mariage social, civil, avons-nous vu, est avant tout manifesté et formé par l'établissement de la vie commune. Est-ce la vie commune qui rend époux, qui crée le lien conjugal ? est-ce la seule vie commune qui

maintient cet état ? Si oui, le mariage est essentiellement dissoluble ; la cessation de la vie commune met fin à l'union matrimoniale, au lien conjugal ; et toute atteinte portée par la loi à la volonté des parties en ce sens, est arbitraire et constitue un abus de pouvoir contraire à la liberté de l'individu. — Mais il faut bien remarquer que si, en pratique, la vie commune constitue légalement la possession d'état d'époux, elle révèle l'existence d'un mariage naturel, elle est le signe sensible d'une union sexuelle, fondement initial de tout mariage. En un mot, elle suppose la consommation. Cette consommation, mariage naturel proprement dit, fortifie le lien conjugal qui, ébauché par l'établissement de la vie commune, se trouve être au premier chef un lien naturel. Ici, on est obligé de tenir compte de l'union des corps, car le mariage civil ne peut que reposer sur l'union naturelle ; la vie commune entre époux doit demeurer un mariage et ne pas être transformé en simple contrat d'habitation. Cela est de toute évidence. Le lien conjugal voit donc son indissolubilité régie par les principes supérieurs de la loi naturelle qui président à sa propre formation.

La meilleure preuve qu'on puisse donner de cette conclusion est que les devoirs entre époux sont plus que des devoirs de morale, sont réglés par la nature et en dehors du pouvoir du législateur qui ne fait que les sanctionner. Par conséquent, le lien qui oblige les époux à semblables devoirs, ce lien qui n'est autre, au point de

vue pratique, que le devoir de fidélité lui-même, possède le même caractère.

Le lien conjugal est un lien naturel et l'indissolubilité qui le régit est un principe d'ordre naturel. Qu'il soit en même temps social, cela ne fait pas doute, mais il demeure, avant tout, naturel. Qu'à ce lien naturel la loi ajoute un lien civil, cela ne présente en soi aucun inconvénient. Constatons-en simplement l'inutilité. Il est, en effet, de toute certitude que ce n'est pas la loi qui crée le lien conjugal, elle ne peut que le sanctionner par une reconnaissance comme elle fait pour la paternité et la filiation. Les époux sont unis entre eux par un lien de même espèce que celui qui rattache l'enfant à son père. Et celui-là, comme celui-ci, ne peut être rompu par aucune puissance. Ce qui a contribué à propager l'opinion contraire, c'est que le caractère naturel du lien a disparu presque complètement sous le lien civil. On a pris l'expression pour la chose exprimée, le résultat de la reconnaissance pour la chose reconnue. Le lien conjugal fut pris pour un lien purement civil et social, dépendant de la volonté de la loi, au lieu d'être regardé comme ce qu'il est en réalité : un lien naturel dérivant de la consommation, cette consommation étant présumée existante dès l'établissement du mariage. De ce fait, l'indissolubilité matrimoniale est devenue un principe civil que les législateurs ont cru à leur entière disposition pour l'avoir créé. Vanité de l'esprit humain qui se place au-dessus de la nature.

70. — On en vint même, dans cet ordre d'idées, à transformer le principe régissant l'union matrimoniale. Ce ne serait plus d'indissolubilité qu'il s'agirait alors, mais de perpétuité (1). Le mariage, perpétuel de sa nature, ne serait pas essentiellement indissoluble. Cette manière de voir est exacte, mais elle ne prend en considération qu'un seul côté de la question : le point de vue exclusivement civil. Elle se rapporte au fait tangible qu'est le mariage : la vie commune. Il est alors bien vrai de prétendre que le mariage est perpétuel de sa nature mais non essentiellement indissoluble. Mais s'arrêter à cette solution partielle est commettre une erreur. Le côté naturel doit incontestablement trouver appui dans la loi civile et par là même le lien conjugal indissoluble doit être maintenu avec son véritable caractère.

Vie commune, établissant la présomption de l'union des sexes. Tel est le mariage civil. Et si l'on peut soutenir avec juste raison que, dans sa première acception, le mariage, famille en formation, est de sa nature perpétuel mais non indissoluble, il faut admettre que le lien conjugal résultant de l'union des sexes est naturel et, de ce chef, indissoluble. La volonté des époux peut mettre fin à la vie commune, l'union des esprits et des âmes peut faire complètement défaut, le lien du sang qu'est le lien conjugal et dont l'expression la plus parfaite est la personne de l'enfant est en dehors de

(1) Ch. Beudant, t. II, p. 1.

toute atteinte. Par-là même, le lien conjugal demeure aussi longtemps que la vie de l'un des époux ; son principal devoir, la fidélité, possède la même durée. C'est ce qu'on nomme l'indissolubilité.

L'indissolubilité est, par conséquent, naturelle non pas civile. Considéré sous ce dernier aspect factice, le principe de l'indissolubilité ne serait plus qu'un principe chancelant, sans base solide. Batbie l'avait compris, et il craignait que la loi civile ne fût impuissante à le maintenir par ses propres moyens. Mais il restreignait la question et diminuait ainsi ses chances de succès, en en faisant un principe d'ordre purement religieux (1).

71. — Ce principe de l'indissolubilité comporte-t-il des exceptions? Le caractère que nous venons de lui reconnaître nous oblige à répondre négativement. S'il est courant de dire : il n'y a pas de principe sans exception ; on ne considère, en parlant ainsi, que les principes créés par l'homme pour une raison ou pour une autre, c'est-à-dire des principes faits d'à peu près. Quant aux principes d'ordre naturel, ils sont toujours constants et nous considérons celui de l'indissolubilité comme aussi immuable que tout autre. On ne peut pas plus briser le lien conjugal, autrement dit dispenser les époux du devoir de fidélité, que faire qu'un enfant ne soit plus le fils de son père. On pourra diminuer certains droits du

(1) Batbie, *Revue critique*, t. XXX, année 1867, p. 216, 217.

mari et de la femme lorsqu'ils s'en montreront indignes tout comme on peut enlever à un père toute puissance paternelle sur son enfant, mais ce que la nature, — Dieu, disaient nos anciens auteurs en remontant à la source, — a fait, la nature seule peut le défaire.

C'est la condamnation complète du divorce ; et, comme suite à l'idée de perpétuité ci-dessus précitée, l'admission de la séparation de corps.

Pourtant, nous objectera-t-on, les protestants admettent le divorce à titre exceptionnel et reconnaissent cependant le principe de l'indissolubilité matrimoniale comme étant d'ordre naturel. Cela est vrai, mais, pour arriver à ce résultat, les protestants interprètent un passage de l'Evangile d'une manière qui nous semble erronée, et ils méconnaissent ainsi le caractère naturel du lien conjugal. Conclusion : l'Eglise catholique a raison en repoussant le divorce d'une manière absolue; les protestants en faisant exception à la règle, se trompent. D'ailleurs la loi civile n'a pas à tenir compte de ces controverses. Le seul point qu'il importe de connaître en tout ceci est s'il y a un lien conjugal naturel. Si oui, et nous n'en doutons aucunement, il s'impose sans exception au législateur qui doit user de tout son pouvoir pour le maintenir et faire respecter son indissolubilité. Car, si le législateur peut mettre des exceptions aux principes par lui créés, il ne peut faire fléchir un principe d'ordre naturel.

72. — Le législateur prétend avoir tenu compte des

doctrines religieuses. Voyons si cette assertion est exacte et si, réellement, la liberté des cultes et des croyances religieuses peut être considérée comme la cause de l'admission du divorce. Disons tout de suite que nous n'en croyons rien et donnons trois arguments à l'appui de cette affirmation. Tout d'abord, nous ferons remarquer que l'indissolubilité mitigée reconnue par les protestants n'est pas d'ordre religieux, mais d'ordre purement naturel. Première preuve. En outre, le divorce n'a jamais été repoussé par les catholiques comme portant atteinte uniquement à un dogme religieux. Seconde preuve. Comme troisième preuve, nous répondrons à la question suivante : en admettant que l'indissolubilité fut uniquement rangée parmi les dogmes religieux, que demandait la liberté des cultes en ce qui concerne les non-catholiques français ? Uniquement que ceux-ci puissent briser leur mariage pour les causes admises par leur religion. Or, tant pour les Juifs que pour les protestants, il n'y a qu'une cause de divorce : l'adultère. D'où vient alors que notre loi civile comprend deux autres causes de divorce, dont l'une tellement large qu'elle en contient une foule d'autres ?

La liberté des cultes n'est donc pas le but de ces dispositions. Et le véritable terrain sur laquelle la loi s'est placée, est un terrain neutre. Elle a eu raison et en même temps elle s'est trompée. Elle s'est inspirée de la décadence des mœurs au lieu de s'appuyer sur la loi naturelle qui pose le principe immuable de l'indissolubilité matrimoniale.

73. — Ce principe immuable, nos législateurs ont cru pouvoir le faire fléchir. Ils se sont émus de quelques cas où des mariages bâclés avec une imprévoyance inouïe ont donné naissance non pas à des familles, mais à de véritables enfers. Comment, disent-ils, pouvoir se résigner à condamner des époux à demeurer unis malgré la répulsion qu'ils éprouvent l'un pour l'autre. Mieux vaut les séparer. Les séparer, bien certainement ; les divorcer, non. Non seulement personne ne peut méconnaître, — nous ne dirons pas briser puisqu'il est indissoluble, — le lien conjugal, mais cela est même parfaitement inutile. Qui a voulu se soumettre à cette union qu'ils savaient indissoluble ? Les époux. Qu'ils s'en prennent donc à eux, et à eux seuls, d'avoir traité leur mariage avec une insouciance (1) indigne de l'acte qu'ils faisaient. Tout ce qu'on peut pour eux, c'est de les dispenser de vivre en commun. Et cette solution est bien satisfaisante.

Ce n'est pas là l'avis de tout le monde et beaucoup préfèrent le divorce à la séparation de corps. Nous ferons remarquer tout d'abord que, à part la possibilité d'un nouveau mariage, le divorce et la séparation de corps présentent les mêmes avantages pratiques, disons aussi les mêmes inconvénients. La seule question qui soit donc discutable est celle de savoir si la possibilité de se remarier que le divorce donne aux époux est

(1) Heureux encore quand le calcul ne remplace pas l'insouciance.

bonne en soi, meilleure que la survivance légale du lien entre les époux séparés. Il est de ce fait, excessivement faux, de préconiser le maintien du divorce par suite de la séparation qu'il opère. « Il est naturel, disent certains auteurs (1), que l'homme possède tous ses membres ; ce n'est pas cependant une raison pour proscrire la chirurgie ; la supériorité de la santé sur la maladie ne suffit pas pour proscrire les remèdes. » Voici donc le divorce comparé à la chirurgie, les époux à des membres gangrenés. Cette comparaison que nous approuverions complètement pour la séparation de corps ne s'applique au divorce en aucune façon. Lorsqu'un chirurgien a coupé un membre, qu'en fait-il ? Il le met aussitôt en lieu sûr de peur de contagion et on ne saurait trop le blâmer s'il le plaçait en contact avec des corps sains. Ce serait là pure folie. C'est pourtant ce que fait le divorce. En séparant les époux indignes, la loi fait une œuvre bonne ; en leur permettant d'aller troubler d'autres familles par un nouveau mariage, elle étend le mal. Son remède est mauvais. Beaucoup plus morale serait la loi si elle s'employait à guérir ces membres malades pour ensuite les rattacher au corps sain dont ils font naturellement partie : la famille. Beaucoup plus efficace serait-elle si, par une sage réglementation des régimes matrimoniaux, elle pouvait empêcher l'établissement des mauvaises unions.

(1) Ch. Beudant, t. II, p. 19.

74. — Malheureusement, ces mauvaises unions existent. Elles sont un mal en elles-mêmes. A tout mal il faut un remède. Ce remède est pour nous la séparation de corps, pour d'autres le divorce. La comparaison des deux nous dira qui a raison.

Le plus grand grief que l'on fait communément à la séparation de corps est celui-ci : les conjoints, dit-on, sont époux sans l'être ? Cela semble contradictoire, et, posée de cette manière, cette proposition est inexacte. Elle ne serait vraie que si l'on pouvait faire fi de l'union naturelle et considérer le mariage comme une simple vie commune ne supposant pas d'union sexuelle. Mais cela est contraire à tous les principes, cela rendrait le mariage contrat d'habitation, lui donnerait un caractère factice contre lequel nous avons déjà combattu. Ce qui est vrai, c'est que le lien conjugal subsiste sans produire tous ses effets. Ceux qui sont attachés à la vie commune disparaissent puisque celle-ci n'existe plus On peut donc seulement dire qu'ils sont époux sans en exercer tous les droits. Mais de cette constatation passer à la conclusion suivante : donc il vaut mieux briser le lien ; est en tout point inexact.

Il arrive souvent que certains individus sont père, fils, frère sans l'être, c'est-à-dire qu'ils n'ont entre eux aucune des relations, dérivés immédiats du lien qui les unit. La loi sanctionne de ces états, par exemple lorsqu'elle retire à un père toute puissance sur son enfant, et même elle en crée lorsqu'elle ne rattache l'enfant na-

turel aux parents de ses auteurs par aucun lien civil. Et pourtant, il n'est jamais venu à l'idée de qui que ce soit de briser le lien naturel qui unit le fils au père, l'enfant aux parents de ses père et mère. Personne n'a proposé de permettre le mariage entre un enfant naturel et sa grand'mère qui est son ascendante sans en avoir les droits. C'est que le lien naturel survit dans ces cas comme en matière de divorce. Et si, dans ce dernier cas, la loi s'est arrogé le droit de briser le lien, c'est grâce à un caractère tout factice qui n'existe pas dans les autres. C'est l'idée de contrat qui fut l'origine de cet abus. A la loi naturelle, la Révolution avait substitué la volonté des époux. A celle-ci, le Code substitua la volonté de la loi. Réforme insuffisante, car la loi est particulièrement extensible, essentiellement changeante lorsqu'elle ne s'inspire pas d'un principe supérieur. L'expérience que la France fait du divorce en ce moment le montre à l'évidence. Admis en 1804 et en 1884 à titre exceptionnel, le divorce n'a plus aujourd'hui de digue que dans la volonté des époux. En pratique, divorce qui veut. Nous pourrions ici remplir des pages de statistique pour montrer les ravages croissants du divorce, mais cette extension est trop évidente pour nous y appesantir. Contentons-nous des derniers chiffres officiels, ceux relevés pour l'année 1901. On comptait alors 10.539 divorces dont 57 0/0 demandés par les femmes, et 3.018 séparations de corps dont 82 0/0 demandées par les femmes.

A cela, les partisans acharnés du divorce répondent sans sourciller : si le divorce est beaucoup employé, c'est que les mauvais ménages augmentent. Ce n'est pas au moment où le mal augmente qu'il faut proscrire les remèdes. Elargissons le divorce. Mais, encore une fois, la séparation suffit ; elle est même plus rationnelle. De plus, la cause de l'augmentation des divorces est la possibilité du divorce lui-même. On traite les divorcés de coupables. On présente le divorce comme une peine. Faites en sorte qu'il soit une peine, non une prime recherchée. Comment ! voilà une femme que vous condamnez à la prison pour adultère, voilà une femme que vous retranchez de la famille comme un membre gangrené d'un corps sain, et vous lui rendez une liberté complète ! Vous voyez d'un œil favorable cette épouse indigne, cette mère dépravée constituer un nouveau foyer. Et ce mari brutal contre qui vous venez de prononcer le divorce, vous allez lui permettre de se remarier. Pensez-vous que tous deux pourront « en convolant, se dépouiller de leurs caractères ou de leurs habitudes vicieuses, et restituer au mariage l'estime, le respect et la perfection qui leur feraient défaut ? (1) ». Non n'est-ce pas. Et bien ! alors, pourquoi sanctionner de semblables unions.

La séparation, dit-on encore, condamne les époux séparés au célibat ou à la débauche. Erreur. Si les

(1) Durrieux, *Divorce et séparation*, p. 189.

époux sont condamnés à ces deux extrémités, c'est uniquement parce qu'ils le veulent bien. Et très souvent, c'est leur propre débauche pendant le mariage qui en est cause. De plus, si le célibat qu'ils se sont imposé leur pèse trop, ils ont un moyen bien simple de le faire cesser, c'est de reprendre la vie commune. Solution que la loi devrait s'efforcer d'obtenir et ainsi elle ferait du mariage un contrat de dignité, non de volupté comme on le considère trop souvent.

Bref ! règle générale, les divorcés ne sont pas gens intéressants. Parmi eux, il y a bien des innocents, mais neuf fois sur dix, ces innocents ont assez d'une seule tentative et ne cherchent pas de nouveaux ennuis dans un autre mariage. Quant aux coupables qui se marient, ils ne font jamais de bons époux. Et si leur nouveau conjoint ne s'en débarrasse pas, c'est souvent, parce que prévenu d'avance, il se résigne à tout de peur du ridicule.

75. — Nous ne nierons pas certainement que l'indissolubilité est un principe parfois dur à respecter, que le devoir de fidélité est souvent en opposition avec les désirs humains ; mais il a cela de commun avec tous les autres devoirs, et la perfection de l'indissolubilité n'est pas une raison pour la fouler aux pieds. Au contraire.

Tout cela, les partisans du divorce le savent, et ils plaident surtout les circonstances atténuantes. Il nous suffira de noter leurs arguments et d'y ajouter un mot, pour en montrer toute la faiblesse, parfois même

l'erreur. Les voici, tels que nous les empruntons à M. Tissot.

« 1° Le divorce met une foule de célibataires dans le cas de se marier, c'est-à-dire tous ceux qui sont par trop pénétrés de l'idée qu'on fait toujours trop tôt ce qu'on ne peut défaire. »

Il serait, croyons-nous, plus vrai de voir dans l'idée du divorce un obstacle au mariage. Beaucoup hésiteront à fonder une famille précisément dans la crainte de la voir dissoute à brève échéance et pour des motifs futiles.

« 2° Le nombre des célibataires se trouvant ainsi réduit, celui des séducteurs est par là même diminué, et les mœurs publiques en sont améliorées. »

Il faut convenir qu'on ne s'aperçoit guère ni de la réduction du nombre des célibataires, ni de l'amélioration des mœurs. Même théoriquement, cet espoir est chimérique ; car pour qu'il fût fondé, il faudrait que les séducteurs se recrutent seulement parmi les célibataires, ce qui n'est pas.

« 3° Elles le sont encore (les mœurs améliorées) par ce fait que la prostitution a beaucoup moins d'aliment. »

A-t-elle moins d'aliment, nous n'en savons rien ; en tout cas, elle augmente ; l'expérience est là pour le prouver.

« 4° Elles le sont par ce troisième fait que le concubinage est moins fréquent.

Quatrième erreur, puisque, avec le divorce, le ma-

riage se rapproche du concubinat légal. Le concubinage n'est d'ailleurs pas en diminution.

« 5° La population en est accrue en raison même du nombre des mariages. »

L'auteur serait sans doute en peine de nous expliquer pourquoi depuis l'admission du divorce dans nos lois, les mariages diminuent et la population encore plus.

« 6° Des mariages stériles pourraient cesser de l'être avec le divorce. »

Mieux vaut pas d'enfants que de les destiner à être abandonnés par suite du mariage de chacun de leurs père et mère.

« 7° La possibilité d'un divorce amènerait les unions mieux assorties. »

Bien au contraire. Beaucoup se croient dispensés de réfléchir en contractant une union, parce qu'ils savent pouvoir en sortir quand bon leur semblera.

« 8° Le lien une fois formé, la crainte de le voir rompre porterait à des égards, à des concessions qui n'ont plus autant de raisons d'être avec l'indissolubilité. »

D'où la possibilité du divorce empêche l'existence des mauvais ménages. Nous renvoyons aux statistiques du divorce.

« 9° La stérilité relative et celle qui provient de l'aversion des époux se rencontreraient moins fréquemment. »

Il est du moins, permis d'en douter.

« 10° Il y aurait beaucoup moins d'enfants abandonnés. »

Il nous semble, au contraire, que si leurs père et mère se remarient, chacun de leur côté, ils sont plus complètement abandonnés, moralement du moins, qu'avec la séparation où l'un de leurs auteurs se dévouera à leur éducation.

« 11° La population des villes augmenterait et les campagnes se dépeupleraient moins. »

Hélas ! vingt ans de pratique ont prouvé tout le contraire.

Comme on le voit, les utopies de certains partisans du divorce étaient de généreuses utopies, mais elles sont demeurées utopies. Le divorce, loin de relever les mœurs, contribue à leur décadence en propageant le mal à réprimer : l'irrespect du mariage. Aujourd'hui, on se marie comme on loue un appartement, avec la même désinvolture, et quand on en a assez on résilie.

Ce n'est pas, répondra-t-on, le divorce qui est la source du mal ; il le constate seulement. Cela est vrai en partie : mais il faut bien reconnaître que le divorce ne peut enrayer ce mal. Ce qu'il faudrait est la moralisation individuelle. Qu'on rende aux hommes le respect des autres et d'eux-mêmes, et le divorce ne sera plus pratiqué. Mais, en attendant il est du devoir du législateur de restreindre le mal autant que possible, et le « seul moyen efficace » pour cela est « de réformer les mœurs non par la facilité du divorce, mais par l'in-

dissolubilité du mariage, cette pierre angulaire de la famille » (1). Ce serait du même coup placer le mariage à la tête des institutions sociales. Pour arriver à ce résultat, le moyen est simple et se trouve tout indiqué : la loi doit s'effacer devant ce qui existe, elle ne doit pas bouleverser mais reconnaître les lois hautement morales de la nature. Elle doit au lien civil du Code substituer le lien conjugal naturel et indissoluble.

De tout ce qui vient d'être dit, il résulte que le divorce n'est pas seulement contraire au dogme catholique, mais aussi à une vérité morale, à un principe d'ordre naturel qui s'impose à tous, catholiques ou non. Pour tous, un nouveau mariage en suite d'un divorce est un adultère. La loi le justifie, elle a tort : il n'en reste pas moins un adultère.

Les civilistes, nous le savons, se prétendent injuriés lorsqu'on qualifie ainsi le mariage qui suit un divorce. Mais, à qui la faute ? A eux certainement qui se laissent aveugler par le lien civil, à eux qui prétendent se hausser à la hauteur de Dieu, à eux législateurs, qui se croient souverains sans contrôle, qui se figurent non pas reconnaître les mariages existants, mais les créer. Ecoutez plutôt ce qu'ils disent aux catholiques : « Vous vous plaignez que nous prononcions la dissolution des mariages. Mais que vous importe. Nous ne touchons pas au lien religieux qui vous unit. Nous ne brisons que

(1) *Académie des sciences morales et politiques*, Wolowski, t. IX, p. 99, dans Durrieux, *Divorce et séparation*, p. 143.

le lien civil que vous ne reconnaissez pas (1). » Qu'ajouter à cela, sinon constater à nouveau les erreurs relatives à l'indissolubilité. Non, celle-ci ne régit pas un lien religieux, elle ne doit pas être prise comme la marque du lien civil ; elle est la caractéristique du lien naturel. Nous n'insisterons donc pas sur le conflit créé par le divorce entre les lois canonique et civile, car l'inconvénient de cette rupture du lien est le même pour tous. Les catholiques, en acceptant le divorce, violent, il est vrai, le droit reconnu par leur conscience. Mais tous, quelles que soient leurs croyances religieuses, violent un principe des plus importants, ne fût-il considéré qu'au seul point de vue social.

Comme conclusion, nous ne voyons aucune bonne raison en faveur du divorce. Il devrait donc normalement disparaître de nos lois. La séparation de corps devrait, au contraire, être conservée. Si elle possède tous les inconvénients du divorce relatifs à la séparation des époux, elle est beaucoup plus morale que lui par le maintien de la reconnaissance du lien conjugal. Elle incite beaucoup plus à la réconciliation que le divorce. Et si cette réconciliation n'a pas lieu, elle est une peine civile à un degré plus élevé que le divorce.

En résumé, des divers principes contenus dans ce chapitre, nous dirons que :

L'idée de contrat n'est nullement prise en considération pour le divorce ;

(1) Naquet.

Si la doctrine voit dans le mariage un contrat, elle considère l'état d'époux comme résultant d'un lien civil créé par la loi et que celle-ci réglementera à son gré, au lieu d'un lien naturel qui s'impose à tous ;

De là, elle autorise les pouvoirs publics à rompre un lien qui, en réalité, n'est pas en leur pouvoir ;

Contraire à l'ordre naturel des choses, le divorce est également mauvais, considéré au seul point de vue moral et social.

*
* *

Appendice.

76. — Avant de passer à un autre chapitre, disons quelques mots d'un article du Code qui a fait couler beaucoup d'encre ces temps derniers. C'est l'article 298 ainsi conçu : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. » Fortement discuté en 1884 à la Chambre des députés, cet article n'est pas appliqué de nos jours. Les magistrats laissent de côté ce texte chaque fois qu'ils le peuvent en n'insérant pas dans leurs jugements le nom du complice. Lorsque cela leur est impossible, ils déclarent l'empêchement simplement prohibitif, et le tour est joué. L'officier de l'état civil, de bonne ou de mauvaise foi, célèbre le mariage malgré un texte formel de loi.

Devant cette inutilité, certains législateurs en de-

mandent la suppression. Il nous semble, au contraire, qu'ils devraient en exiger l'application ; si on fait des lois pour n'être pas observées même par les magistrats, inutile d'en faire. Mais là n'est pas la question. Peu nous importe l'article 298, puisque nous avons admis que le divorce est mauvais en soi ! Si nous nous en occupons, c'est uniquement pour montrer l'état des esprits en France dans notre xxe siècle, c'est pour montrer la petite place qu'y occupe le mariage et la déchéance morale qui se fait jour dans les arguments produits contre l'article 298.

Ceux-ci sont d'ailleurs réédités des arguments de 1884 (1), leurs partisans n'ont rien inventé depuis. Pour eux, il leur « semble facile de démontrer l'immoralité de cette disposition de la loi qui ne sert qu'à créer des situations équivoques et des naissances irrégulières (2) ». Les législateurs de 1884, disent-ils, pouvaient « espérer par cette sévère mesure enrayer l'adultère en rendant la faute irréparable ; mais ils auraient dû songer que l'absence de responsabilité était plutôt de nature à encourager les séducteurs et que la femme, — et les enfants s'il y en a — resteraient les seules victimes de ce vertueux préjugé ». « La possibilité de la réparation, ajoutent-ils, qui, d'une part, pourra peut-être faire succomber quelques femmes, assagira d'autre part un si grand nombre d'hommes que tout compte fait la mo-

(1) V. Ch. Beudant, t. I, p. 337.
(2) Louis Barthou.

rale ne pourra que gagner au nouvel ordre de choses qui aura du moins le mérite d'être plus rationnel que l'ancien (1). »

« Défaillance que tout cela et dépenses d'esprit faites hors de propos (2). » En effet, qu'y a-t-il à retenir de tout ceci ? Deux choses : 1° la disparition de l'article 298 relèvera le niveau moral ; 2° ce qu'il faut sauvegarder est l'intérêt de la femme et des enfants issus d'une union adultère.

En quoi, le niveau moral serait-il relevé par la suppression dudit article ? nous le cherchons en vain puisque, d'une part, il n'est jamais appliqué, et, d'autre part, le niveau moral baisse de jour en jour. Son application donnerait peut-être de meilleurs résultats.

Quant à l'intérêt de cette suppression présentée de la manière qu'on vient de lire, il ne vaut pas la peine qu'on s'en occupe. Il suffit pour s'en rendre compte de raisonner quelque peu.

Le mariage est, en principe, l'institution sociale la plus sacrée. Le titre d'époux est le plus noble qu'on puisse porter. Personne ne le conteste. En permettant le mariage de l'époux adultère et de son complice ne nie-t-on pas ce caractère sacré ? Il nous le semble et nous allons le prouver.

Un homme est condamné pour adultère et le divorce est prononcé contre lui. D'où deux peines : pénale et

(1) Louis Barthou.
(2) Ch. Beudant, t. I, p. 337.

civile. Sa complice est en même temps condamnée. L'adultère et sa complice ont donc commis un délit envers l'épouse outragée et la société. Tous deux sont par conséquent coupables, l'épouse non. De qui vont s'occuper nos législateurs d'aujourd'hui ? De la femme vertueuse, des enfants légitimes ? Que non ! La vertu ! ils ne la connaissent pas. C'est le vice qu'ils vont couvrir de leur manteau légal. Des condamnés d'hier, ils feront des époux modèles, le ménage idéal de la société laïque. Homme adultère, maîtresse, enfants adultérins, sont les seuls objets de leur sollicitude. Nous doutons que, de cette manière, la morale soit satisfaite.

Devons-nous dire quelque chose de l'élargissement du divorce, demandé en même temps que la suppression de l'article 298 ? Faut-il considérer comme sérieuse la proposition du divorce par consentement mutuel et par la volonté d'un seul ? La première partie de ce projet existe en fait, puisque divorce qui veut. — Quant à la seconde, beaucoup ne veulent pas en entendre parler. Nous croyons cependant que devant les difficultés multiples rencontrées pour l'exécution forcée du devoir de la vie commune on pourrait admettre en partie le principe contenu dans cette proposition. Mais, bien entendu, nous combinerions cette manière de voir avec le principe du lien naturel indissoluble. En un mot, nous transporterions du divorce que nous considérons comme inadmissible, à la séparation de corps le problème de l'élargissement.

CHAPITRE VII

INDICATIONS SOMMAIRES SUR L'ÉTAT DE LA QUESTION DANS QUELQUES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

77. — La conception du mariage a suivi, dans beaucoup de nations étrangères, une marche identique à celle qu'on retrouve en France. Cela n'est certainement pas fait pour étonner si l'on considère que, soumises d'abord à l'influence du droit canonique, la plupart des législations furent modifiées sous l'influence contraire du Code Napoléon. Cependant, le passage de l'union religieuse au lien civil, la prépondérance accordée à l'élément consensuel sur l'élément naturel furent moins complets en même temps que se manifestait clairement un plus grand désir de donner satisfaction à toutes les croyances religieuses. Différence bien compréhensible ! Œuvre d'une Révolution, le changement opéré en France ne pouvait être que radical. Opéré par évolution, il devait moins profondément méconnaître les principes.

Quant aux législations restées en dehors du mouvement créé par les lois révolutionnaires françaises relatives au mariage, elles ont conservé presque intacte la notion religieuse du mariage ; seul parfois, l'état civil fut laïcisé.

Dans aucune, on ne rencontre d'une manière nette et précise l'idée de contrat préconisée par notre doctrine.

78. — Un seul Code donne au mariage le nom de contrat. C'est le Code portugais qui, dans son article 1056, dit : « Le mariage est un contrat perpétuel entre deux personnes de sexe différent dans le but de constituer légitimement une famille (1). » Quant aux obligations que fait naître ce contrat, le Code n'en parle en aucune façon. En sorte que nous serions tenté de ne voir dans cette appellation qu'un mot sans signification précise. Ajoutons que deux formes de mariage sont reconnues : le mariage catholique et le mariage civil. Celui-ci est en tout soumis aux lois civiles. Le premier « ne peut être annulé que par les tribunaux ecclésiastiques et dans les cas prévus par les lois de l'Eglise reçues dans le royaume ». Seule la séparation de corps est admise, à l'exclusion du divorce.

79. — En Espagne, la législation se rapproche sensiblement de celle du Portugal. Le mariage catholique se trouve régi par le droit canonique tant pour le fond que pour la forme. A noter l'article 77 du Code espagnol qui fait intervenir l'autorité civile à la célébration religieuse.

(1) Fernand Lepelletier, avocat à Caen, *Code civil portugais*, promulgué le 1er juillet 1867, mis en vigueur le 1er janvier 1867. (traduit, annoté et précédé d'une introduction par), Paris, 1894, p. 208).

Art. 77. — « A la célébration du mariage canonique sera présent le juge municipal ou un autre fonctionnaire de l'Etat, dans le seul but d'assurer son inscription immédiate sur le registre civil. A cet effet, les contractants sont tenus de faire connaître par écrit au tribunal municipal, au moins vingt-quatre heures avant, l'heure et le lieu où doit se célébrer le mariage, encourant s'ils ne le font pas une amende de 5 à 80 pesetas. Le juge municipal donnera aux contractants récépissé de cet avis...

« On ne procédera pas à la célébration du mariage si le récépissé n'a pas été présenté au curé de la paroisse.

« Si le mariage se célèbre sans la présence du juge municipal ou de son délégué, quoique les contractants lui en aient donné avis, la transcription de l'acte du mariage canonique sur le registre civil se fera à ses frais et il paiera en outre une amende...

« En ce cas, le mariage produira tous ses effets civils du moment de sa célébration. Si ce sont les contractants qui sont en faute pour n'avoir pas donné avis au juge municipal, ils pourront réparer leur faute en sollicitant l'inscription de leur mariage sur le registre civil. En ce cas, le mariage ne produira ses effets civils que du jour de l'inscription (1). »

Cet article 77 du Code espagnol nous rappelle, au

(1) A. Levé, vice-président du tribunal civil d'Avennes, *Code civil espagnol*, promulgué le 24 juillet 1889 (traduit et annoté par), Paris, 1890, p. 19.

point de vue de l'utilité pratique qu'il présente, les articles 199-200 du Code pénal français. Mais ce qui y apparaît nettement n'est pas l'esprit de domination révélé par les articles 199-200, c'est la consécration de la liberté de conscience la plus absolue jointe à la publicité des mariages destinée à faire produire aux unions catholiques tous leurs effets civils.

Le mariage purement civil ne revêt pas les mêmes caractères que celui de notre droit français. L'officier municipal y joue un rôle absolument passif, il ne prononce pas le mariage au nom de la loi. Les époux se marient, ce n'est pas l'Etat qui les unit. Et l'intervention du juge municipal se borne en réalité à une reconnaissance de l'union existante. Le caractère naturel du mariage est d'ailleurs mis en évidence par ce fait que, conformément à l'article 83 du Code, ne peuvent contracter mariage « ceux qui sont atteints d'impuissance physique absolue ou relative, dès avant la célébration du mariage, si cet état est certain, permanent et incurable » (1).

80. — L'article 107 du Code civil italien est également en ce sens lorsqu'il édicte que « l'impuissance manifeste et perpétuelle, lorsqu'elle est antérieure au mariage, peut être opposée comme cause de nullité par l'autre conjoint » (2). Quant aux autres dipositions

(1) Beudant, p. 21.

(2) Henri Prudhomme, *Code civil italien*, promulgué le 25 juin 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1866 (traduit, annoté et précédé d'une introduction par), Paris, 1896, p. 36.

de ce Code relatives au mariage, elles sont manifestement inspirées et imitées de notre législation. C'est d'ailleurs Napoléon qui avait porté en Italie le principe du mariage civil, mais celui-ci avait été aboli à la chute de l'Empire français. Il fut définitivement rétabli après quinze années de luttes, en 1865, dans le bloc des lois votées sous le titre : « Facultés au gouvernement de S. M. pour rendre exécutifs des projets de lois de nature législative et judiciaire. » Mais ce mariage civil, admis à la suite des projets Bertolini (1851) et Boncompagni (1852), ne subordonne pas le mariage religieux à la célébration civile. On ne retrouve pas dans le Code italien de dispositions semblables à nos articles 199-200 du Code pénal, malgré le projet Vigliani qui, en 1873, demandait l'obligation de faire précéder le mariage religieux du mariage civil.

Aucune indication n'est à retenir dans cette législation au point de vue qui nous occupe. Et nous aurons achevé de donner sa physionomie complète si nous ajoutons que la séparation de corps y est admise de la manière la plus large (1), et que le divorce, demandé en 1902 par un projet d'initiative parlementaire qui avait alors obtenu par surprise un rapport favorable sans parvenir à être adopté, fut repoussé en 1903 grâce à la pression exercée sur les Chambres par l'opinion publique (rapport Lalaudra, 13 juin 1903) (2).

(1) Article 158 du Code civil italien, Henri Prudhomme, XXXVIII.
(2) Renseignements procurés par M. Gallavresi, de Milan, secrétaire du comité Lombard contre le divorce.

81. — Plus nette semble être la conception du mariage dans le nouveau Code civil allemand. Précédé par la loi sur l'état civil du 6 février 1875, le système inauguré en 1900, tout en consacrant la laïcisation du mariage, n'en nie pas le caractère religieux. Et l'article 1588 (liv. IV, sect. II, tit. VIII) semble en assurer expressément le maintien en déclarant que : « il n'est pas porté atteinte par le présent Code aux obligations religieuses relatives au mariage (1). » Pour ce qui est de la formation du mariage, contentons-nous de transcrire. « La célébration du mariage, lit-on dans l'article 1317, se fait de la manière suivante. Les fiancés comparaissent en personne devant un officier de l'état civil et déclarent, en présence l'un de l'autre, vouloir contracter mariage. L'officier de l'état civil doit être prêt à recevoir cette déclaration. Cette déclaration ne peut être faite à terme ou sous condition. » « L'officier de l'état civil, continue l'article 1318, doit lors de la célébration et en présence de deux témoins, demander

(1) Raoul de la Grasserie, *Code civil allemand et loi d'introduction*, suivis de la loi sur les livres fonciers et de celle sur la vente et l'administration forcés, promulguées le 18 août 1896 et le 24 mars 1897, exécutoires à partir du 1er janvier 1900 (traduits et annotés avec introduction par), Paris, 1897, p. 340. — « Les questions relatives à la laïcisation du mariage, cependant déjà accomplie dans l'Empire allemand, ont donné lieu au Parlement à de vifs débats auxquels ont pris part les députés Zieber, Niederling, Dziembowski, d'Hodenberg, de Roon, de Bernstorff, Bebel, Schall, Grœber,de Ranlorff, Dr Krapatchek, de Bruchka ; il s'agissait de décider entre le mariage civil facultatif et celui obligatoire » (De la Grasserie, *ibid.*, p. 277, note 1).

séparément et successivement à chacun des fiancés, s'ils veulent contracter ensemble mariage, et après leur réponse affirmative, déclarer qu'en vertu de la loi, ils sont désormais juridiquement devenus mari et femme (1-2). »

Le divorce, introduit en Allemagne par la Réforme, a été établi fédérativement par la loi du 6 février 1875.

82. — Nombreuses sont, en outre, les législations étrangères qui, convaincues des caractères naturel et religieux du mariage, en même temps que de l'utilité de l'intervention civile, essaient d'établir un système harmonieux destiné à sauvegarder le respect dû à l'union matrimoniale.

Parmi ces dernières, la législation anglaise présente une physionomie toute spéciale. Loin de copier notre Code comme l'ont fait beaucoup de nos voisins, les Anglais ont conservé leurs institutions propres. « La race saxonne s'est toujours formé une haute idée du mariage et elle n'en a jamais compromis la dignité par

(1) Raoul de la Grasserie, p. 277.

(2) Nous avons, dans le chapitre VI, dit quelques mots de la nullité et de l'annulabilité du mariage. Le Code allemand note la distinction avec soin » (nichting, anfechtbar). Il annule : 1° quand certaines formes n'ont pas été suivies ; 2° quand il y a absence totale de capacité juridique ; 3° en cas de bigamie, ou de parenté, ou d'alliance au degré prohibé... L'annulabilité a lieu : 1° quand le consentement est vicié par le dol ou la violence ; 2° quand il y a erreur qualifiée ; 3° quand l'âge légal a fait défaut ; 4° quand il n'y a pas eu l'autorisation nécessaire. Dans ces cas, la nullité est relative et l'action s'éteint par la renonciation ou la prescription (liv. IV, sect. I, tit. III, art. 1323-1587) ; Raoul de la Grasserie, p. 278, note 1.

des lois maladroites ou intempestives. Le divorce, très rarement permis, n'a en aucun temps donné lieu à des abus. Cela tient d'abord à la sévérité de la loi, ensuite et surtout à l'esprit de sagesse et de réflexion des Anglais dans le mariage. Le jeune homme ne se marie jamais pour la dot, et la jeune fille se donne sans réserve (1). » Tant il est vrai que les mœurs sont la grande sauvegarde des familles et que la loi peut les aider puissamment. Mais ce n'est pas à la seule autorité de la loi que la législation britannique fait appel, elle y ajoute la religion. « Les Anglais ont pensé qu'ils abaisseraient le mariage et risqueraient de lui faire perdre une partie de sa dignité s'ils séparaient, comme l'a fait notre loi, l'union civile du mariage religieux. Pour donner satisfaction à tous, le législateur anglais s'est borné à laisser le choix entre l'un ou l'autre..... Pour les mariages célébrés suivant les rites de l'Eglise anglicane, l'autorité civile intervient avant et après la célébration » (2), par les publications et l'acte de mariage. Pour les autres cultes, l'assistance de l'officier de l'état civil est requise. Quand le mariage est purement civil, « il consiste en une déclaration solennelle faite en présence du superintendant registrar et de deux té-

(1) Ernest Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France, depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Paris, 1883, t. VI, « Le droit actuel », § 279, « Le mariage et le divorce », p. 162.

(2) E. Glasson, *id.*, p. 163.

moins, les portes ouvertes, par chacun des deux époux successivement, et ainsi conçue : « Je déclare solennellement que je ne connais aucun empêchement à ce que moi AB, je m'unisse en mariage à CD, et je prends à témoins les personnes ici présentes que moi AB je vous prends, vous CD, pour mon épouse (ou époux) (1). » Déclaration pure et simple portant à la connaissance des pouvoirs publics l'existence de l'union qui s'établit au moment même.

Parmi les causes de nullité viciant le mariage *ab initio*, nous remarquons « l'impuissance du mari et la stérilité de la femme antérieures au mariage. Si elles ne surviennent que pendant le mariage, elles n'en altèrent point la validité ».

« La séparation de corps s'accorde dans quatre cas ; l'adultère, l'abandon sans motifs pendant deux ans au moins, la cruauté et les crimes contre nature ».... « Le divorce ne peut être prononcé que pour une seule cause : l'adultère. » Mais, pour la prononciation du divorce, il n'y a qu'une manière de procéder « quelle que soit la forme suivant laquelle les époux s'étaient mariés ». Cela peut paraître en contradiction avec le principe qui admet le mariage religieux à côté du lien civil. Il n'y a là néanmoins qu'une contradiction apparente expliquée par l'histoire de l'admission du divorce. « En 1666, lord Ross, ayant obtenu contre sa femme adultère une sen-

(1) Ernest Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1885, p. 51, 52, 56, 58, 60, 62.

tence de séparation de corps (*divortium a mensa et thoro*), présenta requête au Parlement pour obtenir l'autorisation de se remarier. Cette autorisation lui fut accordée...... les ministres de l'Eglise anglicane ayant déclaré que le divorce ne leur paraissait pas contraire aux lois de la religion. »

On voit, par ce rapide exposé, que s'il est permis de dire que « c'est en Angleterre qu'on a le mieux compris la dignité du mariage et son importance sociale » (1), on peut aussi soutenir, avec raison, que la législation britannique ne donne pas au mariage une base civile changeante au gré des législateurs, mais qu'elle l'appuie d'une manière ferme sur les lois de la religion.

La conclusion de ce court chapitre n'est pas douteuse. Si le mariage revêt dans ces législations un caractère civil, il ne se présente nullement comme simple contrat. La prédominance ou une grande place, tout au moins, se trouve assurée à la religion, principalement à l'élément naturel. Sous le titre : mariage civil, se trouve le plus souvent le mariage religieux ; et, en général, la conception du mariage civil n'est qu'ébauchée.

(1) E. Glasson, t. VI, p. 177.

CHAPITRE VIII

ESSAI D'UNE THÉORIE DU MARIAGE CIVIL.

Le travail des chapitres précédents est moins la construction d'une théorie que la réunion et la préparation des matériaux. Nous avons toujours procédé par examens spéciaux et tiré des conclusions partielles, quand parfois nous ne nous sommes pas purement et simplement abstenu de conclure. Il nous faut maintenant procéder d'une manière générale et présenter une vue d'ensemble sur la question. En un mot, nous allons essayer de bâtir, avec les éléments assemblés dans le cours de cette étude, une théorie du mariage civil qui soit conforme à la réalité des choses.

Avant de l'entreprendre, il faut épuiser une question qui n'a jusqu'ici été effleurée que d'une plume rapide. C'est celle de savoir comment le Code civil nous présente le mariage, à quelle conception ses auteurs se sont arrêtés.

SECTION I. — Le Code.

83. — Si nous consultons les termes mêmes du Code, nous voyons qu'il y est parlé tantôt de contrat, tantôt de déclaration, et plus souvent encore de célébration.

Les expressions « contracter mariage », « mariage contracté » se rencontrent fréquemment au Titre du Mariage, dans de nombreux articles, les articles 144, 147, 148, 151, 160, 168, 170, 180, 182, 186, 188, 189. Mais contracter mariage peut n'impliquer en aucune façon l'existence d'un contrat, d'une convention productrice d'obligations juridiques. Le terme est des plus vagues et pourrait, sans crainte d'erreur, être appliqué au mariage naturel ou au mariage religieux aussi bien qu'à l'union civile. C'est d'ailleurs là l'ancienne conception dont les partisans voient dans le mariage un contrat tout à la fois naturel, religieux et civil, c'est-à-dire une union des personnes produisant des effets tant civils que religieux et naturels. La question ainsi résolue est toute relative aux conséquences, non au principe. — Ne dit-on pas, d'autre part : contracter une maladie,une haine et toutes expressions semblables auxquelles personne cependant n'essaie d'attribuer une valeur juridique.

Le Code parle plus souvent encore de « mariage célébré », et, si nous nous livrons au même travail que précédemment, nous relevons le terme « célébration » dans les articles suivants : 63, 64, 65, 68, 74, 151, 155, 156, 157, 165, 172, 194, 196, 197, 198.

En outre, les articles 75 et 76 subordonnent le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil à la déclaration que font les comparants de vouloir se prendre pour époux. Ce ne sont là, il est vrai, que questions de

forme ainsi que celles réglées par le chapitre II au titre V du livre Ier qui s'occupe « des formalités relatives à la célébration du mariage », mais les questions de forme sont celles qui se rapprochent le plus des questions de fond, la forme n'étant souvent que la manifestation tangible du principe.

Nous serions donc en droit de voir, dans le Code, le mariage sous un jour différent de celui présenté par la doctrine. Nulle part, en effet, les époux ne nous sont montrés comme des contractants ; jamais nous ne les voyons traiter à l'égard de créancier et de débiteur. Et lorsqu'il s'agit de la preuve de l'existence du mariage, la loi ne dit pas que les époux devront prouver l'existence d'obligations quelconques à leur profit, mais s'exprime ainsi : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage... etc. » (art. 194). Les articles 201 et 202 s'occupent également des « effets civils » du mariage. Et ces articles pourraient nous amener à ne voir dans le Code qu'une réglementation de l'état d'époux, qu'une reconnaissance du mariage, qu'un acte de l'état civil.

84. — S'il est impossible d'arriver à une idée exacte de la conception du mariage admise des auteurs du Code par la lettre de leur travail, peut-être y parviendrons-nous en cherchant à en pénétrer l'esprit. L'histoire de sa confection nous aidera dans cette dernière tâche.

Tout d'abord, qu'est-ce qu'un Code ? Un Code est

l'exposé complet, la consécration définitive des théories peu à peu élaborées par les jurisconsultes. La parole de Portalis est toujours vraie : « On ne fait pas les codes, mais le temps fait les codes. » Toute théorie existe donc avant de devenir disposition législative.

Ce qu'il nous faut rechercher est, par conséquent, quel était au moment de la confection du Code, l'état de la conception juridique du mariage, et l'intention des législateurs qui n'apparaît pas clairement à l'examen de la rédaction de nos lois matrimoniales.

La première partie de cette proposition peut paraître oiseuse. L'idée de contrat régnait alors sans conteste et le principe avait été posé par la Constituante : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Mais il n'en est pas moins vrai que, malgré l'énoncé formel de cette proposition, on peut sans hésiter voir dans l'idée de contrat une innovation complète non la consécration d'un système déjà existant et nettement établi. Et si l'on peut suivre d'une manière précise l'évolution lente qui conduira de l'union religieuse à la concomitance du sacrement et du contrat, si l'on voit nettement l'influence sans cesse grandissante du pouvoir civil s'exerçant à titre social sur le mariage, on ne peut que constater l'inexistence de toute conception juridique. Aussi, lorsque la Révolution survint, la théorie du mariage civil n'était-elle pas achevée, celle du mariage simple contrat n'était même pas commencée. Ce qui était acquis alors, c'était que les pouvoirs civils

devaient intervenir, mais on ignorait encore la manière dont se ferait cette intervention. La Révolution elle-même continua tout d'abord la tradition en décrétant la loi sur l'état civil ; c'est, dans sa seconde période qu'elle précipita les choses et désormais le mariage fut un contrat. La formation complète de l'idée n'a pas eu lieu, elle fut brusquement déclarée existante. Et les hommes du peuple ont fait d'un seul coup, sans discussion, sans hésitation, ce que des jurisconsultes avisés cherchaient à établir depuis longtemps sans y parvenir faute de point de départ indiscutable. Les législateurs de 1791-1792 ont cru constaté un résultat : mais ce résultat n'existait pas. Si, par hasard, ils ont voulu en connaissance de cause innover en la matière, ils ont oublié que les théories naissent par évolution en partant de principes certains, non par révolution. Ce qu'ils ont donné est un énoncé pur et simple, sans preuve comme sans fondement. Seule la laïcisation du mariage pouvait être durable, car seule elle avait un passé.

Quel va être, dans ces conditions, le rôle des auteurs du Code ? Ici comme partout, ils donneront à leur œuvre le même caractère. « Œuvre de transaction, il (le Code) assure dans une juste mesure les dispositions anciennes et les principes du droit moderne ; s'il adopte les idées marquées de l'empreinte révolutionnaire, c'est en corrigeant ce qu'elles ont d'excessif, et pour ainsi dire sous bénéfice d'inventaire (1). » Les discussions

(1) P. Ch. Daniel, *Mariage chrétien*, p. 5.

du Conseil d'Etat relatives au mariage ne peuvent être ici d'aucun secours. Faisons seulement remarquer que les partisans les plus acharnés de l'idée de contrat renoncent à appuyer leur opinion sur ces travaux préparatoires. « Il ne saurait, dit l'un d'eux, y avoir de doute en ce qui concerne le consentement. Le mariage est un contrat, et le contrat n'est autre chose que le concours de consentement des parties intéressées..... Le texte du Code Napoléon le dit : « Il n'y a pas de mariage sans consentement » (art. 146). Si l'on recourt aux discussions du Conseil d'Etat, le sens de cette disposition devient très douteux, en principe, elle est d'une clarté évidente (1). Faisons donc comme eux, contentons-nous des principes.

Néanmoins, deux points sont hors de doute, c'est que « le mariage civil fut maintenu sans discussion » (2), et que deux courants bien divers se remarquent parmi les auteurs du Code. Les uns, ayant à leur tête, le Premier Consul, adoptent les idées nouvelles sans les pousser à l'extrême ; les autres, — la majorité, — vivent encore sous l'influence des idées antérieures à la Révolution et caractérisées par le fond du droit canonique, où la capacité matrimoniale était avant tout une capacité naturelle (3). Laquelle des deux tendan-

(1) P. Laurent, *Avant-projet*, p. 327, col. 1.

(2) E. Glasson, *Mariage civil et divorce*, p. 263.

(3) On peut à cet égard considérer comme déclaration de principe la déclaration suivante de Portalis : « Nous sommes convaincus

ces l'a emporté ? Aucune. Mélange de l'ancienne conception naturelle du mariage et de l'idée civile poussée à l'extrême par la mise du mariage au nombre des contrats, la nouvelle législation ne s'est pas prononcée. Elle s'est contenté, « tout en conservant la compétence de l'autorité séculière sur le mariage et en faisant abstraction du point de vue religieux » (1), de substituer la volonté de la loi à celle des conjoints, de transformer le contrat révolutionnaire en institution sociale. Nous croyons que, allant au plus pressé, les législateurs ont réglementé le mariage sans s'inquiéter d'en préciser la notion. Ils se sont uniquement occupé du côté pratique, laissant à la doctrine le soin d'en construire le principe sur les données de la loi. En somme, on peut dire du mariage du Code ce qu'il était vrai d'affirmer pour la législation matrimoniale canonique, du VIIIe au XIIe siècle ; « c'est la théorie seule qui concilie les textes et dégage les conséquences qu'ils renferment, et la théorie n'était pas encore faite (2). » Non, la théorie juridique du mariage-contrat n'était pas faite à l'époque du Code. Elle ne l'est pas davantage aujourd'hui.

que le mariage, qui existait avant l'établissement du christianisme, qui a précédé toute loi positive, et qui derive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifiée. Discours préliminaire sur le projet du Code civil présenté le 1er pluviôse an IX, dans *Discours et travaux sur le Code civil*, par Portalis, p. 21.

(1) Basdevant, Thèse, p. 7.

(2) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 55.

La doctrine affirme bien que le mariage est un contrat, mais affirmer n'est pas construire une théorie, n'est même pas prouver. Les lois révolutionnaires et l'existence du consentement ; telles sont les seules preuves mises en avant sans cependant être discutées. Mais les premières n'ont pas été suivies, et le second ne peut s'expliquer que tout autrement, et a, comme nous l'avons vu, une signification bien différente.

85. — Pour nous, actuellement comme au moment de la Révolution, comme avant 89, la situation est identique. La loi civile revendique la réglementation du mariage mais ne la définit pas. « Le Code..... n'a rien formulé comme théorie générale..... Il s'est gardé (non sans raison) de tout ce qui eût semblé maxime de droit purement philosophique. Le problème subsiste donc pour aboutir à la juste conception de notre mariage civil (1). » De ce fait, il est loisible à tous de construire une théorie du mariage civil en se basant sur les articles du Code. C'est ce travail qui va nous occuper. Nous le ferons d'une manière rapide, les chapitres précédents devant jeter d'eux-mêmes une clarté suffisante sur les propositions que nous ne développerons pas.

SECTION II. — **Interprétation doctrinale.**

86. — La théorie du mariage doit, comme toute théorie, reposer sur une base inébranlable. Or, un seul

(1) Ch. Lefebvre, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* p. 26.

point est ici incontestable et en principe incontesté, c'est que le mariage est l'union volontaire des sexes. Ce mariage naturel est régi par la loi naturelle ; et, c'est en partant de celui-là et en s'appuyant sur celle-ci que la loi civile doit le réglementer. Elle devra, de ce chef, reconnaître le lien conjugal naturel et en faire respecter l'indissolubilité. De plus, elle doit considérer le mariage comme union sociale, comme base de la famille, lui-même famille réelle et éventuelle, et en maintenir la perpétuité autant que faire se peut. Son système doit aussi chercher à assurer la publicité des unions, tout en laissant intacte dans la plus large mesure la liberté de conscience, la liberté des cultes.

Peut-on dégager des textes du Code une théorie répondant aux desiderata ci-dessus exprimés ? c'est ce que nous allons rechercher dans cette section.

87. — Occupons-nous tout d'abord de la capacité matrimoniale, « des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » ainsi qu'il est dit à la rubrique du chapitre I[er] du titre V[e], au Code. Cette capacité, tant naturelle que juridique, comprend : la différence des sexes, condition primordiale et évidente qui ne se trouve pas expressément mentionnée par la loi ; l'âge de dix-huit et de quinze ans (art. 144) ; l'inexistence d'un précédent mariage (art. 147) ; la prohibition du mariage en ligne directe, « entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne » (art. 161), en ligne colla-

térale « entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré » (art. 162), « entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu » (art. 163).

Cette capacité matrimoniale se trouve complétée et par là même modifiée par l'existence de la majorité matrimoniale.

Il ne suffit pas, en effet, d'avoir l'âge exigé par l'article 144 pour pouvoir consentir à son mariage ; d'autres conditions sont exigées qui concernent uniquement la capacité juridique. Elles se trouvent comprises sous les articles 148, 160, 172, 179 qui rendent obligatoire, pour la validité du consentement des époux, le consentement des ascendants, conseil de famille ou tuteur jusqu'à un âge déterminé, et auquel font suite la nécessité des actes respectueux, et le droit pour certains parents de former opposition au mariage projeté. De tout ceci, disons un mot.

Nous n'entrerons pas dans des détails inutiles et, notamment nous ne rechercherons pas quel est l'ascendant qui peut consentir au mariage et dont le consentement est nécessaire. Il suffit de savoir d'une manière générale, que cet ascendant est le représentant le plus autorisé de la famille légitime ou naturelle. Quand le futur époux n'a plus aucun ascendant ou n'a jamais eu d'ascendant connu, le consentement requis est celui du conseil de famille pour l'enfant légitime (art. 160), d'un tuteur *ad hoc* pour l'enfant naturel (art 159). Voyons maintenant quelle est l'utilité de ce consentement, dans l'intérêt de qui il se trouve requis.

A cet égard, il faut faire une distinction entre les enfants sans ascendants d'une part et « les enfants de famille » (art. 151) de l'autre. Les premiers doivent rapporter le consentement de leur conseil de famille ou du tuteur *ad hoc* jusqu'à l'âge de vingt et un ans, majorité matrimoniale qui, fixée d'une manière uniforme, est, à n'en pas douter, édictée dans leur propre intérêt ; passé cet âge, ils peuvent se marier sans consentement et sans formalité d'aucune sorte. La majorité matrimoniale des seconds est fixée à vingt-cinq ans pour les fils et à vingt et un ans pour les filles. Différence peu compréhensible dans le seul intérêt des enfants et qui ne peut s'expliquer que comme sauvegarde de l'intérêt de la famille contre les fils. Ce fut d'ailleurs cet intérêt qui en grande partie fut pris en considération par la loi, lorsqu'elle soumit les enfants de famille ayant atteint la majorité matrimoniale précitée, à la formalité des actes respectueux. En effet, arrivés à l'âge de vingt et un ou de vingt-cinq ans, ces enfants de famille doivent en principe pour se marier avoir le consentement de leurs ascendants, et il ne leur est permis de s'en passer qu'après avoir demandé à ces derniers leur conseil « par acte respectueux et formel » (art. 151). Moyennant quoi, « il pourra être, à défaut de consentement sur l'acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage » (art. 151).

En outre, tout mariage pourra être entravé, le plus souvent seulement retardé, par les oppositions que cer-

taines personnes peuvent y former. C'est tout d'abord « la personne engagée par le mariage avec l'une des deux parties contractantes » (art. 178) qui porte ainsi à la connaissance des pouvoirs publics l'empêchement édicté par l'article 147. C'est ensuite, en vertu de l'article 173, et sans condition, « le père, et à défaut du père, la mère, les aïeuls (qui) peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis ». Quant aux autres cas d'opposition, ils peuvent être exercés par les tuteur ou curateur avec l'autorisation d'un conseil de famille, et, à défaut d'aucun ascendant, par le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs ; « 1° lorsque le consentement du conseil de famille, requis par l'article 160, n'a pas été obtenu ; 2° lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux : cette opposition dont le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple ne sera reçue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement » (art. 174). Lorsque le bien-fondé de ces oppositions est reconnu, le mariage contre lequel elles avaient été formées, est rendu impossible. Dans le cas contraire, il pourra être procédé audit mariage après prononciation de la mainlevée des oppositions par le tribunal.

Comme on le voit, toutes ces oppositions sont permises dans un intérêt supérieur ou dans l'intérêt du

futur époux, non dans le seul intérêt de la famille.

Nous connaissons désormais toutes les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. La capacité naturelle y occupe la première place ; et, dès maintenant, le mariage du Code nous apparaît comme l'union volontaire des sexes, sa base est sans conteste l'union naturelle.

88. — Comment ce mariage naturel sera-t-il reconnu comme mariage civil ? C'est ce que nous allons voir en indiquant sa formation. En France, comme partout, nous rencontrons trois stades : promesse de mariage, fiançailles et mariage, qui, au point de vue légal se manifestent par les publications, la déclaration solennelle du consentement des époux et le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil. Examinons chacun d'eux.

Lorsqu'un mariage est décidé, lorsque les promesses de s'unir ont été réciproquement échangées, les intéressés se présentent en personne à l'officier de l'état civil pour requérir les publications. Ces formalités, destinées à faire connaître les empêchements qui pourraient exister, à faire naître les oppositions qui pourraient se produire, révèlent à tous, par elles-mêmes et par les affiches qui en sont faites, la promesse de mariage existant entre deux personnes. Mais il ne faut voir là qu'un préliminaire indispensable dépourvu de toute valeur juridique. Cette promesse, en un mot, ne rend pas les comparants créancier et débiteur. A cela, il y a une bonne raison. c'est qu'on ignore alors si les comparants

sont dans les conditions voulues pour pouvoir s'unir ensemble. Bien certainement, on aurait pu donner à cette promesse une existence légale conditionnelle, mais à quoi bon.

Voici donc la promesse de mariage bien et dûment publiée. Les parties la réaliseront quand bon leur semblera, et sans autres publications pourvu que la célébration ait lieu dans l'année de ces publications.

Cette promesse porte sur le mariage lui-même, sur l'union des sexes ; mais, au point de vue pratique et légal, cette union sera manifestée et présumée réalisée par l'établissement de la vie commune. L'établissement de la vie commune, telle est par conséquent, la condition indispensable pour la reconnaissance civile du mariage, celle qui doit exister au moment de la célébration.

89. — En effet, pour qu'il y ait mariage, il faut autre chose qu'une *promesse quelconque*. Au jour de la célébration, les parties, il est vrai, renouvellent solennellement, en présence de quatre témoins, la promesse de se prendre pour époux, elles déclarent « qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Mais, à cette déclaration, qui, en elle-même, ne serait que la répétition de la promesse de mariage révélée par les publications, la loi ne donne aucune existence ; elle n'en fait pas le mariage. Et, si l'on veut la ranger sous une étiquette spéciale, l'expression « fiançailles » se trouve tout indiquée.

90. — Ce qu'il faut en outre, c'est que la déclaration de mariage ne soit ni à terme ni conditionnelle. Des fiancés qui déclareraient à l'officier de l'état civil vouloir se prendre pour époux à telle date déterminée et future ou si tel événement se réalisait, seraient renvoyés fiancés non époux. On voit donc bien distinctement que la volonté de se prendre pour époux ne suffit pas à elle seule pour former le mariage, que celui-ci par conséquent n'est pas un contrat. Si le consentement formait réellement le mariage, il n'y aurait aucun inconvénient à donner effet à une déclaration à terme ou conditionnelle ; tous les contrats sont susceptibles de semblables modalités. Nous sommes ainsi amenés à être convaincus de l'existence d'un autre élément essentiel à la formation du mariage. Et cet élément est l'union elle-même, manifestée par l'exécution immédiate de la promesse de mariage, par la reconnaissance actuelle des droits et devoirs de l'état d'époux. Il faut, en effet, que les comparants déclarent la volonté qu'ils ont de se prendre actuellement comme époux. Autrement dit, ils déclarent à l'officier de l'état civil qu'ils se prennent pour époux au moment même de leur déclaration, que l'union intime qu'ils s'étaient promise (promesse qui avait été portée à la connaissance des pouvoirs publics et de la population par les publications et affiches, promesse qu'ils viennent de renouveler solennellement) vient de commencer. Sa manifestation première est la présence côte à côte des époux

qui viennent faire reconnaître leur état par l'officier de l'état civil, représentant de la société.

91. — Mais la simple déclaration de ce mariage ne suffit pas pour lui assurer l'existence légale. La loi y ajoute le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil. C'est ce prononcé qui forme le mariage civil. Cependant, malgré toute l'importance qu'il peut avoir, il est bien certain que cette célébration, que cette formation d'un lien civil et social, est postérieure à l'existence de l'union réelle, du lien conjugal naturel. Elle comprendra donc deux choses : une reconnaissance tacite du mariage de fait qui vient de prendre naissance, puisque sans ce dernier la célébration ne pourrait avoir lieu ; et, subsidiairement, le prononcé exprès de l'union civile. En sorte que deux liens se trouvent exister dès la célébration : le lien conjugal naturel reconnu par la loi, et le lien civil créé en son nom, et reconnaissance du premier.

Ici encore, le système qu'on peut dégager du Code correspond à celui que nous cherchons : il reconnaît l'union naturelle qu'il sanctionne ; et, considérant le mariage au point de vue social, il crée le lien civil.

92. — La célébration accomplie, l'état juridique d'époux est né. A cet état sont attachés par la loi divers droits et devoirs, véritables obligations naturelles et morales sanctionnées à titre de prescriptions légales : fidélité, secours et assistance ; obligation de la vie commune et ses dérivés, protection du mari, obéissance

de la femme. D'autres effets, résultant, indirectement du mariage (obligation alimentaire) et de la vie commune (incapacité juridique de la femme mariée) sont réglés par la loi, mais aux obligations que nous venons d'indiquer s'arrêtent les véritables droits découlant directement de l'état d'époux.

93. — Quelle sera la durée de cet état? Quelle est la force du lien conjugal ?

Pour répondre à cette question, il faut noter avec soin la distinction que nous avons faite précédemment entre le lien conjugal naturel reconnu par la loi et le lien civil créé par elle, forme spéciale du lien naturel dans ses effets sociaux. Ce dernier régit le mariage comme famille et, perpétuel de sa nature, il peut être dissous pour des causes nettement déterminées. Toutes se rapportent à l'indignité de l'un des époux : adultère, excès, sévices ou injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante ; et la séparation de corps qui les sanctionne est une peine civile qui retranche de la famille le membre indigne et supprime par là-même les obligations de vie commune, protection et obéissance, et subsidiairement l'incapacité juridique de la femme.

Mesure provisoire destinée dans l'intention de la loi, à mettre fin aux mauvais ménages et surtout à faire oublier à chacun des époux leurs griefs réciproques, la séparation de corps prend fin par la seule volonté des époux. Mais leur réconciliation ne donnera les effets

juridiques à la reprise de la vie commune que si celle-ci « a été constatée par acte passé devant notaire avec minute dont un extrait devra être affiché en la forme indiquée par l'article 1445, et de plus par la mention en marge : 1° de l'acte de mariage ; 2° du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation, et enfin par la publication en extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales » (art. 311, C. civ.; loi du 6 février 1893).

Quant au lien conjugal naturel résultant de la consommation, il est, avons-nous vu, complètement indissoluble. C'est ce qu'admirent les auteurs du Code, mais cependant ils maintinrent le divorce à titre exceptionnel pour des raisons dont la seule valeur est la multiplicité : crainte de l'opinion publique (qui n'aurait très probablement pas réclamé contre l'abolition du divorce), liberté de conscience (qui n'était pas en cause), remède à un mal (qui fut pire que le mal), et surtout volonté du Premier Consul. Les causes du divorce sont les mêmes que celles de la séparation de corps. Mais, peine civile comme elle, son effet est plus radical en ce sens qu'il retire au lien conjugal naturel l'existence légale assurée par la reconnaissance, et qu'il rend les époux légalement étrangers l'un à l'autre. D'où possibilité légale d'une autre union.

Le divorce, comme la séparation de corps d'ailleurs, est prononcé par les tribunaux à la requête de l'un des époux, et à la suite d'une procédure longue et compli-

quée destinée à donner aux époux le temps de la réflexion.

94. — Comme on le voit, le lien conjugal est, sous l'empire du Code, en principe indissoluble ; la durée normale du mariage est celle de la vie de l'un des époux. Il est cependant des cas où le mariage, bien que paraissant avoir une existence régulière, est vicié *ab initio* et se trouve par conséquent frappé de nullité. Ces cas peuvent se diviser en trois catégories se rapportant : à la capacité naturelle des époux, à leur capacité juridique, à la publicité du mariage.

La première comprend : l'inexistence du mariage entre personnes de même sexe ; les nullités pour défaut d'âge, existence d'un premier mariage, et mariage entre certains parents. L'impuissance, cause de nullité du droit canonique et de l'ancien droit français, ne figure pas parmi les causes de nullité ci-dessus. Deux raisons l'ont fait exclure : les scandales qu'elle avait provoqués, la raison d'être subsidiaire du mariage comme union des esprits et des âmes. Par là-même, la consommation n'est pas requise pour la perfection du mariage ; mais, comme elle demeure le but et la raison d'être de toute union matrimoniale, elle est présumée, réalisée dès l'établissement de la vie commune. Cette présomption légale dénie une action en justice : l'action en nullité du mariage ; elle est, de ce chef, irréfragable comme toutes celles de l'article 1352 de notre Code.

Dans la deuxième catégorie se rangent : l'inexistence

du mariage pour inexistence du consentement des époux ; la nullité pour vices dudit consentement : violence. erreur dans la personne ; et la nullité pour défaut de consentement des ascendants.

A la troisième se rattachent : la nullité pour défaut de publicité dans la célébration et pour incompétence de l'officier de l'état civil ; et la nullité pour défaut de publications.

95. — Cette dernière classe de nullités montre l'importance attribuée par la loi à la publicité des mariages. Celle-ci est, en effet, minutieusement réglée. Elle est requise avant le mariage par la promesse de mariage qui est publiée et affichée ; elle a lieu au moment de la déclaration solennelle par les époux, et du prononcé de l'union par l'officier de l'état civil, qui ont lieu, en présence de témoins et toutes portes ouvertes, à la maison commune du domicile de l'un des époux. L'état d'époux est noté sur le registre de l'état civil en un acte qui relate la célébration du mariage. Tout changement qui s'opère dans cet état est indiqué par l'officier de l'état civil en marge dudit acte.

Donc, publicité parfaite.

96. — En ce qui concerne la liberté de conscience, le Code civil ne s'en occupe nullement. Aucun de ses articles ne parle du mariage religieux pas plus pour le défendre que pour le permettre, et si certaines de ses dispositions font naître des conflits avec les règles admises par certaines religions, il semble n'y avoir là

qu'un effet accidentel dont la loi civile n'a cure. Malheureusement, les articles 199-200 du Code pénal changent la physionomie de nos lois en subordonnant le mariage religieux, que le Code civil ignore, à la célébration civile.

Telle est, rapidement mais nettement indiquée, la théorie du mariage civil que nous croyons pouvoir faire sortir du Code, sans en forcer les textes et sans méconnaître les principes admis par ses auteurs. Y a-t-il lieu d'en modifier quelques points ? C'est ce que nous allons rechercher dans la section suivante.

SECTION III. — **Appréciation du système. Réformes.**

Nous diviserons cette section en deux parties. Dans la première, nous apprécierons cette théorie, abstraction faite de toute idée religieuse. Dans la seconde, nous examinerons si elle accorde liberté entière au mariage religieux, et nous nous occuperons du conflit existant entre les lois canonique et civile.

I. — Considérée sous le seul aspect civil, cette théorie du mariage civil nous semble acceptable. Elle assure la publicité des unions d'une manière parfaite, fait du mariage l'union sociale reposant sur l'union naturelle des sexes. Et les critiques que nous lui adresserions ne porteraient que sur des points secondaires si n'était l'existence du divorce.

97. — Celui-ci méconnaît le principe naturel auquel

le mariage est soumis. Nous nous sommes suffisamment étendus sur le caractère naturel du lien conjugal et de son indissolubilité pour ne pas y revenir. Rappelons seulement que, supprimé en 1816 comme contraire au dogme catholique, le divorce fut rétabli en 1884 comme conséquence du lien civil résultant de la célébration, qui seul fut pris en considération au détriment du lien naturel. Les législateurs d'alors ne virent dans le mariage qu'un lien purement civil, et ils pensèrent par là-même que ce que la loi avait fait, la loi pouvait le défaire. C'était une erreur. Et loin de demander l'élargissement du divorce, nous en réclamons la suppression pour les causes indiquées dans ce travail.

Mais, si l'indissolubilité du lien conjugal n'est pas susceptible de plus ou de moins, la perpétuité des familles basée sur la vie commune dépend davantage de la volonté des époux. Nous avons vu, en effet, dans le chapitre IV, que le devoir de vivre en commun n'était passible d'aucune exécution forcée, qu'aucun moyen de contrainte n'était à la disposition de l'un des époux pour amener l'autre à demeurer près de lui. Cette cessation de la vie commune laissée à la libre volonté des époux et même seulement de l'un deux, sans cause déterminée, c'est en fait la séparation de corps. Pourquoi alors ne pas sanctionner ce qui existe et admettre l'extension des causes de séparation de corps ou, pour mieux dire, des causes de reconnaissance légale de ces séparations. Nous pensons même que les formalités

qu'on a accoutumé d'entourer la procédure de ces sortes d'actions, ont plus d'inconvénients que d'avantages. Bien souvent, elles mettent en rapport uniquement les avoués des parties ; et lorsque les époux eux-mêmes sont en présence, les caractères s'aigrissent davantage, la brouille devient plus complète. Avec l'existence de la séparation illimitée, l'intervention des tribunaux ne serait d'ailleurs plus utile ; et une déclaration collective faite par les époux à l'officier de l'état civil et suivie de la publicité ordinaire dans les cas de ce genre, suffirait à transformer juridiquement les époux en époux séparés. Quant à la réconciliation de ces derniers, elle serait tout aussi simple qu'aujourd'hui, et les formalités comprises en l'article 311 du Code civil n'auraient nullement besoin d'être modifiées.

Donc, admission de l'élargissement de la séparation de corps, mais suppression totale du divorce.

98. — Mais s'en tenir à cette suppression purement et simplement serait en quelque sorte s'attaquer à l'effet et négliger la cause. Pour compléter cette réforme indispensable, il conviendrait de mettre en relief dans le mariage, l'union naturelle et le lien conjugal naturel auxquels la reconnaissance civile assurerait l'existence juridique. En un mot, il conviendrait de supprimer le prononcé de l'union par l'officier de l'état civil pour donner la première place à la reconnaissance juridique du lien naturel, qui s'y trouve comprise.

Au moment de la confection du Code, ce prononcé

de l'union s'imposait presque. La Révolution avait laissé la volonté des particuliers libre maîtresse dans le mariage. Il fallait rendre cette union moins fragile, la replacer sous la sauvegarde des principes supérieurs, des principes du droit naturel. La loi se substitua aux époux qui avaient abusé de leur liberté. De là, la création du lien civil, sauvegarde du lien naturel que les auteurs du Code proclamaient à l'envi (1). Aujourd'hui ce prononcé n'a plus de raison d'être, et ce lien civil est actuellement un danger. Le croyant seul existant, l'Etat se croit autorisé à méconnaître les lois naturelles. Les législateurs sont encouragés dans cette voie par la doctrine qui pose des principes dangereux, et par le peuple qui voit dans l'application de ses principes un aliment à ses vices.

Un retour au système du Code s'impose ainsi que la suppression de l'inconvénient signalé. Pour cela, il n'y a qu'un moyen : supprimer l'union civile et la remplacer par l'union de droit, résultat de la reconnaissance de l'union naturelle, tacitement comprise aujourd'hui dans le prononcé de l'union.

99. — Il est encore un autre point dont la modification nous semble désirable ; c'est celui qui concerne les actes respectueux.

(1) « Le mariage est donc aujourd'hui ce qu'il a toujours été, un acte naturel, nécessaire, institué par le Créateur lui-même. » Portalis, *Exposé des motifs du projet de la loi sur le mariage formant le titre V du Code civil*, présenté le 26 ventôse an XI ; *Discours et travaux sur le Code civil*, Portalis, 1844, p. 165.

Les actes respectueux, suite logique de la nécessité du consentement des parents, obligent, sans utilité appréciable, les enfants à accomplir envers leurs parents un devoir de déférence filiale qu'ils ne devraient jamais omettre. Malheureusement, les résultats de ces actes respectueux sont déplorables. La nécessité de cette formalité multiplie les scènes entre parents et enfants, les uns demandant une autorisation qui leur est indispensable, les autres s'entêtant à la refuser. La notification de l'acte respectueux met le comble à la mesure, et la colère que les parents ainsi consultés, — la plupart gens du peuple, — éprouvent contre leur enfant qui leur a « envoyé du papier timbré » est de celles qui durent. Les actes respectueux consomment généralement une brouille qui, sans eux, n'eût peut-être pas été irrémédiable.

Nous sommes donc d'avis de supprimer les actes respectueux. Cependant, il ne faudrait pas supprimer toute possibilité d'intervention de la famille ; le principe du consentement des parents est bon. Mais au lieu d'en faire parfois un instrument dans l'intérêt de la famille, il serait plus rationnel d'en faire toujours et uniquement une aide en faveur du futur époux. On pourrait dans ce sens obliger les futurs époux à rapporter non le consentement de leurs parents, mais un acte constatant qu'ils en ont pris avis. Ce serait là, nous semble-t-il, une précaution suffisante, notamment avec le maintien du droit de faire opposition au mariage, que possèdent certaines personnes.

Cette réforme se ferait sans secousse, le consentement des parents demeurant exigé en principe, et l'intervention de la famille cessant d'être un pouvoir à elle attribué sans contrôle, mais devenant uniquement une garantie pour le futur époux.

Cette intervention de la famille pourrait encore être utilement rendue possible dans un cas inverse, celui des mariages de personnes n'ayant pas atteint l'âge matrimonial. En ce sens, l'article 145 du Code civil, ainsi conçu : « Néanmoins il est loisible au Président de la République d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves », se compléterait de la manière suivante : « après avis, suivant les cas, de l'ascendant pouvant former opposition au mariage, d'un conseil de famille ou d'un tutur *ad hoc*. »

Telles sont les réformes qui, au seul point de vue civil, nous semblent nécessaires ou désirables comme modification à la théorie du mariage civil ci-dessus exposée.

II. — 100. — Ce mariage civil ainsi compris, ainsi remanié, peut-il, par son application pure et simple, satisfaire toutes les croyances religieuses ?

La réponse à cette question est depuis longtemps connue. Contentons-nous de l'énoncer à nouveau. Le mariage civil méconnaît tous les mariages religieux par les dispositions des articles 199-200 du Code pénal. De plus, il entre en conflit avec le mariage catholique sous le rapport des nullités. Examinons chacun de ces deux cas et les moyens d'y remédier.

Nous avons admis que le mariage est l'union naturelle, intime et complète de l'homme et de la femme ; que, au point de vue social, il se trouve établi par la vie commune ; et que le mariage civil est la reconnaissance de cette vie commune, forme tangible de l'union des sexes. Cette vie commune, avons-nous vu également, prend naissance en fait et est définitive au moment de la comparution des époux devant l'officier de l'état civil. Mais, vraie pour ceux qui ne donnent au mariage aucun caractère religieux, cette affirmation est inexacte pour les catholiques, d'une part, qui ne font commencer la vie commune qu'à leur union devant le prêtre, et pour les autres religionnaires, d'autre part, qui ne la considèrent comme définitive qu'après la bénédiction et les cérémonies religieuses. Pour tous, la déclaration que la loi les force à faire à l'officier de l'état civil avant le mariage religieux est une déclaration mensongère qui ne peut normalement servir de base à la reconnaissance d'un fait qui n'existe pas et n'existera peut-être jamais. Donc, les cérémonies religieuses, qui ont lieu au moment où s'établit définitivement la vie commune, doivent précéder la reconnaissance civile et l'existence juridique du mariage.

Le Code civil ne s'occupe pas de la question, et la célébration religieuse pourrait avoir lieu avant la célébration civile, l'existence du mariage pourrait avoir lieu avant sa reconnaissance, si ce n'étaient les articles 199-200 du Code pénal. Le maintien de ces articles nous a

semblé meilleur que leur suppression. Cependant, l'application du principe qu'ils contiennent fait violence à la liberté de conscience et, de plus, est contraire à la réalité des choses. Comment y remédier et concilier les divers intérêts en présence.

Tout d'abord, un moyen détourné pourrait être employé. Ce serait, tout en laissant subsister les articles 199-200, d'admettre la nullité de ces prétendus mariages civils comme inexistants. La vie commune, le mariage par conséquent, n'ayant pas pris naissance, sa reconnaissance tombe d'elle-même. Malheureusement, ce moyen est des plus imparfaits. Il porterait notamment atteinte à la règle : il n'y a pas de mariage sous condition ; en d'autres termes, il transformerait de simples fiançailles en mariage conditionnel. Le seul emploi qu'on en pourrait faire est, à titre transitoire, la prononciation de la nullité des mariages civils non suivis de célébration religieuse.

La seule solution qui puisse donner des résultats satisfaisants est celle qui permettrait, ou même prescrirait la célébration religieuse avant la célébration civile, tout en essayant de parer aux inconvénients qui pourraient résulter de la suppression des articles 199-200. Nous la trouvons dans une modification du premier de ces articles. Au lieu de punir « tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalable reçu par les officiers de l'état civil » ; il nous

semblerait plus conforme à la réalité des choses et tout aussi pratique de n'avoir en vue que « tout ministre d'un culte qui procédera aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été remis un certificat de publications constatant l'inexistence d'empêchements et d'oppositions interdisant la reconnaissance civile dudit mariage ». Tout aurait lieu, dans ses grandes lignes, comme par le passé, sauf la reconnaissance du mariage qui interviendrait après les cérémonies religieuses, en un mot après le mariage. Les fiancés se présentant en personne devant l'officier de l'état civil, il serait loisible à ce dernier d'avertir les comparants que leur mariage ne sera valable civilement qu'après son enregistrement par l'officier de l'état civil.

Peu de chose serait donc changé ; il n'y aurait qu'un certificat de mariage en moins et qu'un certificat de publication en plus. Ceux-ci existent d'ailleurs déjà, et chaque jour les mairies en délivrent lorsque des publications ont eu lieu dans une localité autre que celle de la célébration du mariage. La délivrance de ce certificat produit notamment l'effet suivant : elle forclot le droit qu'avaient certaines personnes de former opposition au mariage. C'est l'extension de ces certificats à un emploi particulier que nous demandons. Un seul certificat serait d'ailleurs nécessaire pour permettre la célébration des cérémonies religieuses. Il émanerait de la municipalité du lieu où le mariage civil doit être célébré et relaterait ceux délivrés par les autres bureaux

de l'état civil. Il y aurait là un double avantage : simplicité d'abord, et ensuite suppression du danger que pourrait avoir la présentation du certificat d'une seule municipalité alors que des oppositions auraient été formées ailleurs.

La seule difficulté serait de savoir comment se ferait l'enregistrement du mariage catholique. Trois moyens pourraient être employés. Le premier consisterait en une déclaration faite par les époux à l'officier de l'état civil. Le second serait de faire remettre un certificat de mariage par le prêtre à l'officier de l'état civil. Mais on voit immédiatement les inconvénients de ces deux manières de procéder. Et, bien que nous ne croyons pas nos législateurs disposés à l'admettre, nous nous arrêtons à un troisième système : celui de la présence de l'officier de l'état civil à la célébration religieuse, système existant déjà dans plusieurs législations.

101. — Il nous reste à examiner le seul conflit existant entre les lois civile et canonique, et relatif à la validité des mariages.

Constatons tout d'abord que les changements que nous avons réclamés, au seul point de vue civil et social : suppression du divorce et des actes respectueux diminueraient considérablement le conflit. Deux des points les plus importants seraient de ce chef résolus. — Quant à l'élargissement de la séparation de corps que nous avons, bien que proclamant le caractère perpétuel des familles, considéré comme possible, il pour-

rait fort bien être admis par l'Eglise, le lien conjugal demeurant intact.

Le conflit se trouve ainsi circonscrit à quelques cas, dont quatre principaux sur lesquels l'accord nous semble facile.

Les deux premiers tiennent à l'idée purement religieuse et il nous semble impossible de les faire accepter par les pouvoirs civils ; ce sont les empêchements : *ordo et votum*, dont la question pratique est celle du mariage des prêtres.

Quant aux deux autres, ils tiennent à la conception même du mariage, au caractère naturel de l'union matrimoniale. L'Eglise annule les mariages pour impuissance, l'Etat ne connaît pas cette cause de nullité. Au fond, l'Etat et l'Eglise sont d'accord : le caractère naturel du mariage ne peut pas disparaître. Et si la loi civile a repoussé la cause de nullité dont s'agit, c'est, avons-nous vu, pour supprimer une source de scandales. Le motif est des plus louables, et l'Eglise peut sans crainte se rallier à cette décision. Elle n'aurait pas besoin pour cela de changer sa conception du mariage. Elle ne devrait même pas nécessairement supprimer cette cause de nullité pour tous les peuples régis par sa loi. En effet, cette nullité, source de scandales en France, pourrait peut-être avoir son utilité partout ailleurs. La réforme à opérer serait la suivante : présomption de consommation après l'établissement entre Français d'un mariage suivi d'une célébration civile régu-

lière. Cette présomption serait irréfragable comme celles de notre article 1352 ; ce serait là l'adoption par l'Eglise d'une partie de la législation matrimoniale édictée par l'Etat.

Ainsi seraient résolues les grandes difficultés rencontrées par le mariage religieux en général et le mariage des catholiques en particulier ; ainsi prendraient fin ces luttes de partis qui empêchent les idées civiles et religieuses d'être respectées de tous, ainsi serait consacré le véritable caractère du mariage : l'union naturelle.

Il nous semble que, compris de cette manière, le mariage civil serait conforme à la loi naturelle, à la morale, au bien de la société et de l'individu, accorderait un peu plus de satisfaction à la liberté de conscience, et accentuerait le progrès ébauché par la réforme de l'état civil tout en laissant aux religions le domaine qui leur est incontestable.

CONCLUSION

102. — Notre travail est terminé. Nous nous sommes efforcé, sans parti-pris et sans préjugé, d'y faire apparaître le véritable caractère du mariage. Nous avons lutté pour rendre au mariage naturel la première place qui lui revient de droit tout en reconnaissant au consentement le seul rôle qu'il puisse ambitionner.

En procédant ainsi, nous sommes arrivé à un résultat que nous n'avons nullement cherché pour lui-même, mais que néanmoins nous sommes heureux de constater pour ses conséquences, à savoir, que la théorie du mariage civil que nous avons présentée repose sur une base identique à celle du droit canonique.

Nous avons surtout acquis la conviction que le mariage n'est pas et ne peut pas être un contrat, et qu'il se trouve principalement régi par des préceptes supérieurs d'ordre naturel et moral qui s'imposent à tous, qu'il est, en un mot, l'union naturelle d'un homme ou d'une femme, établie volontairement entre eux, et sanctionnée par la loi.

Par conséquent, nous demandons à la loi civile la reconnaissance expresse du mariage naturel et le respect de l'indissolubilité complète du lien conjugal naturel.

Sous cette seule condition, nous ne lui contesterons pas le pouvoir de légiférer sur le mariage, qu'elle s'est attribué, ni le droit de formuler des empêchements sociaux, des dispositions d'ordre social là où le droit canonique énonce des empêchements d'ordre religieux.

De cette manière, il se produira peut-être encore quelques conflits de détails entre les deux pouvoirs. Mais nous espérons fermement qu'il arrivera un jour où l'Eglise et l'Etat, indépendants ou liés l'un à l'autre par un concordat quelconque, reconnaîtront enfin qu'une de leurs principales raisons d'être, raison d'être respective et commune est de travailler au bien social. Ce jour-là, nous ne serons pas éloignés de voir l'Eglise faire siens les empêchements sociaux, les dispositions sociales, prescrits, par l'Etat pour répondre à une nécessité évidente, tandis que l'Etat reconnaîtra et fera respecter les empêchements et les prescriptions de l'Eglise édictés dans un véritable intérêt d'ordre et de morale.

Vu :

Le 12 novembre 1904,
Le Président de la thèse,
E. CHÉNON.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE II

Généralités sur l'idée de contrat.

CHAPITRE III

Contrat et Etat.

Section I. — *Du contrat.*

Section I. — *De l'état des personnes.*

CHAPITRE IV

Des effets du mariage.

CHAPITRE V

De la formation du mariage.

Section I. — *Notions historiques.*

Section II. — *Le mariage du Code.*

Section III. — *Inconvénients pratiques du mariage civil.*

CHAPITRE VI

Nullités. — Séparation de corps. — Divorce.

Section I. — *Nullités.*

Section II. — *De l'indissolubilité.*

Section III. — *Séparation de corps et divorce.*

CHAPITRE VII

Indications sommaires sur l'état de la question dans quelques législations étrangères.

CHAPITRE VIII

Essai d'une théorie du mariage civil.

Section I. — *Le Code.*

Section II. — *Interprétation doctrinale.*

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

LE DROIT D'AINESSE

DANS LA COUTUME DE BRETAGNE

LE
DROIT D'AINESSE
DANS LA
COUTUME DE BRETAGNE

PAR

Pierre ESPIVENT de la VILLESBOISNET

DOCTEUR EN DROIT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, 5e Arrond.

L. LAROSE, DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

—

1901

LE DROIT D'AINESSE
DANS LA COUTUME DE BRETAGNE

INTRODUCTION

La Bretagne armoricaine, dit M. de la Borderie (1), est la plus longue, la plus complète des existences provinciales qui ont fini par verser leur flot dans le fleuve immense et splendide de l'histoire de France. La Bretagne est même mieux qu'une province ; elle est un peuple, une nation véritable et une société à part, sinon étrangère à la société française, du moins entièrement distincte dans ses origines, entièrement originale dans ses éléments constitutifs (2).

(1) *Hist. de Bretagne.* T. I, p. 53.

(2) Cette originalité était encore bien marquée au XVIII[e] siècle ; voici en quels termes Daguesseau s'exprime à ce sujet : « C'est une opinion qui n'est pas entièrement effacée dans l'esprit des Bretons, que leur pays est une espèce de royaume à part qui a ses lois et ses mœurs distinguées de celles du reste de la France. » (Lettres du 23 sept. et 12 octob. 1748 ; édition Pardessus, T. XI, p. 653.)

Ce caractère particulier s'explique par la diversité des races qui peuplaient l'Armorique et le reste de la France.

Nous savons en effet qu'au VIe siècle les Bretons furent chassés de leur patrie insulaire par les Pictes et les Scots auxquels se joignirent les Saxons qu'ils avaient imprudemment appelés à leur aide. Réduits à l'alternative de périr par le fer ou par l'eau, ils vinrent chercher un refuge sur la partie la plus rapprochée du continent. Relativement au fait de cette émigration et à l'époque où elle se produisit, les historiens sont maintenant à peu près d'accord, et l'épopée de Conan Mériadec est reléguée au rang des fables (1). Mais la discussion subsiste en ce qui concerne la manière dont les Bretons s'établirent dans leur nouvelle patrie. Suivant M. de la Borderie (2) dont l'opinion est fondée sur de nombreux témoignages, notamment sur celui de Procope (3), ils ne rencontrèrent aucune résistance et s'établirent paisiblement sur une terre déserte et abandonnée au premier occupant; d'après M. Loth (4), au contraire, le sol

(1) V. de la Borderie *Hist. de Bretagne*. T. II, p. 441.

(2) *Hist. de Bretagne*. T. I, p. 255.

(3) Procope « de bello. Gothico ». Liv. IV, chap. xx. (V. dans le même sens un *fragment de la vie de S. Guénolé* : Cartulaire de Landévennec publié par M. de la Borderie, p. 7 et 8.

(4) *L'Emigration bretonne en Armorique*, p. 176.

leur fut disputé et ils durent recourir aux armes pour se rendre maîtres du pays.

Dans tous les cas, que la prise de possesssion ait été belliqueuse ou pratique, le résultat ne saurait être douteux : la population gallo-romaine se trouva absorbée par l'élément breton et la nouvelle nation formée par la fusion des deux peuples emprunta le nom, la langue et, en grande partie, les institutions des immigrants.

De là ce caractère particulier de la Bretagne qui, parmi toutes les provinces dont la réunion constitue aujourd'hui la France, lui donne un cachet si original. Cette originalité se manifeste non seulement dans son idiome et dans ses mœurs, mais aussi, quoique dans une moindre mesure, dans ses institutions juridiques, notamment dans ce mode antique d'exploitation du sol qui est resté célèbre sous le nom de Bail à convenant ou Domaine congéable.

Le droit d'aînesse ne saurait sans doute être considéré comme une conception caractéristique du génie breton ; il ne fut, selon toute probabilité, introduit que sous la fédoalité, mais il trouva sur le sol armoricain un terrain favorable et ne tarda pas à y prendre une extension plus grande que dans la plupart des autres coutumes.

Pour trouver l'origine de la préférence accordée à l'aîné, il faut remonter à la plus haute antiquité ;

dans ces âges reculés, le culte des aïeux paraît inspirer ce privilège :

« La vieille religion, dit Fustel de Coulanges (1), « établissait une différence entre le fils aîné et le « cadet. « L'aîné disaient les anciens Ayras, a « été engendré par l'accomplisement du devoir « envers les ancêtres, les autres sont nés de « l'amour. » En vertu de cette supériorité origi- « nelle, l'aîné avait le privilège, après la mort du « pére, de présider à toutes les cérémonies du « culte domestique ; c'était lui qui offrait les repas « funèbres et qui prononçait les formules de « prière, « car le droit de prononcer les prières « appartient à celui des fils qui est venu au monde « le premier ». L'aîné était donc l'héritier des « hymes, le continuateur du culte, le chef reli- « gieux de la famille. De cette croyance déroulait « une règle de droit : l'aîné seul héritait des biens. « Ainsi le disait un vieux texte que le dernier « rédacteur des lois de Manou insérait encore « dans son code : « L'aîné prend possession du « patrimoine entier, et les autres frères vivent « sous son autorité comme s'ils vivaient sous « celle de leur père. Le fils aîné acquitte la dette « envers les ancêtres, il doit donc tout avoir (2). »

(1) Cité antique, p. 91.

(2) *Lois de Manou*, IX, 105-107-126.

Plus tard le droit de l'aîné s'affaiblit, il partage avec ses frères, mais il prélève la maison paternelle et prend une part double de celle des autres (1).

Chez les Hébreux le fils aîné a droit à une bénédiction particulière qui met ses frères sous sa puissance et le désigne comme chef de la famille : « Sois le seigneur de tes frères, et que les fils de ta mère se courbent devant toi, » dit Isaac à Jacob en le bénissant (2). Cette bénédiction est irrévocable, en la donnant le père épuise son droit. Lorsque Jacob eut été béni à la place de son frère, Isaac reconnut son impuissance à réparer son erreur : « Je l'ai constitué ton seigneur, j'ai soumis tous ses frères à son joug », dit-il à Esaü (3). »

Cette suprématie s'accorderait mal avec l'égalité des biens, aussi entraîne-t-elle des avantages matériels; Jacob en déshéritant son fils aîné lui dit : « Tu devais être le plus riche en dons comme le plus puissant en commandement (4), » et ayant choisi Joseph à sa place, il lui attribue une part double de celle de ses frères (5).

Dès cette époque reculée, la bénédiction et la

(1) Ibid. IX, 111.
(2) *Genèse*, XXVII, 29.
(3) Ibid., XXVII, 37
(4) Ibid., XLIX, 13.
(5) Ibid., XLVIII, 22.

part avantageuse devaient donc revenir au fils aîné sauf le droit du père de lui subtituer un de ses frères pour des raisons graves.

Les Grecs et les Romains ont pratiqué aussi le culte des ancêtres; ont-ils aux premiers temps de leur histoire consacré le droit de primogéniture ?

M. Fustel de Coulanges l'a soutenu : Aristote (1) nous apprend en effet qu'à Sparte les parts de propriété établies à l'origine étaient indivisibles, et que le cadet n'y avait aucun droit. La législation de Thèbes prescrivait d'une manière absolue que le nombre des lots de terre restât immuable, ce qui excluait certainement le partage entre frères (2). Dans les textes du droit athénien on ne trouve trace d'aucun privilège légal pour l'aîné, il est seulement question dans le Phormion de Démosthène d'un préciput (πρεσβεια), qu'un aîné tient du testament du père.

L'existence du droit d'aînesse dans les institutions primitives de Rome est beaucoup plus conjecturale encore, aucun texte n'y fait allusion ; l'auteur de la « Cité antique » croit cependant en trouver la trace ou plutôt la conséquence dans la « gens. »

« Comment, dit-il, une famille aurait-elle pu

(1) Polit., II, 3, 7, 9.

(2) *Cité antique*, p 89 et suiv.

arriver à contenir plusieurs milliers de personnes libres comme la famille Claudia, ou plusieurs centaines de combattants, tous patriciens, comme la famille Fabia, si le droit d'aînesse n'en eût maintenu l'unité pendant une longue suite de générations et ne l'eût accrue de siècle en siècle en l'empêchant de se morceler (1) ? »

L'hypothèse est ingénieuse, mais nous ne voyons pas en quoi l'existence de la « gens » suppose nécessairement le droit de primogéniture : les membres de ces grandes familles étaient unis par le culte des mêmes ancêtres et par la communauté de nom. Quant à la grande richesse des nobles romains, elle s'explique, malgré les partages, par la fréquence du prêt à intérêt, et aussi par ce fait que les fonctions publiques étaient presque monopolisées au profit de quelques familles telles que Fabia, Claudia ou Valeria. Aussi inclinerions-nous à penser que le droit d'aînesse fut toujours inconnu à Rome (2).

Nous ne saurions être aussi affirmatifs en ce qui concerne les Germains ; Tacite nous apprend en effet que dans la tribu des Tenctéres, les coursiers de guerre n'étaient pas attribués comme les autres biens au premier-né, mais au plus vaillant

(1) Cité antique, p. 92.
(2) Evelyn Cecil : *Primogéniture*.

dans les combats (1) Ce texte établit d'une façon formelle que dans cette tribu, le patrimoine entier était attribué à l'aîné, mais il ne nous permet pas de généraliser et d'affirmer qu'il en était de même dans les autres branches de la famille germanique.

Si nous nous transportons au Moyen-Age, nous retrouvons le droit d'aînesse, loi de succession au fief. Ce serait toutefois une erreur de croire qu'il ait existé dès l'origine de la féodalité (2) : il ne saurait en être question avant que les tenures, de viagères qu'elles étaient, ne fussent devenues héréditaires, transformation qui eut lieu en France vers le XI[e] siècle (3).

Primitivement, lorsque le vassal venait à mourir, le bien retournait au seigneur; de bonne heure, on prit l'habitude d'insérer dans les concessions de fiefs certaines clauses au profit du descendant du vassal. Telle est l'origine des fiefs taillés d'Angleterre ainsi nommés, parce que l'acte de concession règle le mode de transmission de ces tenures. Ces règles de succession pouvaient varier à l'infini, mais, peut-être sous l'influence

(1) « Inter familiam, et penates et jura successionum equi traduntur ; excipit filius, non, ut cetera, maximus natu, sed prout ferox bello et melior. » (*De moribus Germanorum* : n° 32).

(2) Glasson : *Le Droit de succession au Moyen-Age*, p. 14.

(3) Esmein : *Hist. du Droit français*, p. 202.

des coutumes germaniques, il se forma peu à peu un droit commun au profit du fils du premier né.

Lorsque l'acte de concession était muet sur la transmission du fief, l'usage voulait que le vassal, en son vivant, présentât au suzerain et lui fit accepter son successeur ; à sa mort, le seigneur recevant foi et hommage du nouveau possesseur lui donnait l'investiture. Ce successeur était tout naturellement un des fils du tenancier, et comme il devait être en âge de « servir le fief », le choix tombait ordinairement sur l'aîné (1).

C'est ainsi que le droit d'aînesse s'introduisit peu à peu ; cette attribution de la totalité à un seul ne pouvait paraître choquante, car le fief n'était pas une propriété privée, du moins au moment de sa formation : il comprenait, outre le château et la terre, berceau de la famille seigneuriale, la masse des tenures nobles et roturières qui l'entouraient et surtout l'ensemble des devoirs et des droits qui reliaient le seigneur à ses hommes. C'était une association dont le seigneur était le chef et qui s'était groupée autour de lui afin d'opposer aux attaques du dehors un faisceau de forces imposant le respect par sa puissance ; le subdiviser eût été aller contre son but même.

(1) V. Garreau : *Etat social de la France au temps des Croisades*, p. 74 et suivantes.

Si l'on envisage les rapports du seigneur et de ses vassaux, le droit d'aînesse était donc nécessaire pour la défense du fief; d'autre part, il n'était pas sans utilité à l'égard du suzerain, car il assurait le service militaire auquel celui-ci avait droit. En effet, dans les armées de cette époque, la qualité des combattants l'emportait sur leur qualité, et l'élément le plus important était le chevalier. Mais, pour avoir ce titre, l'homme de fief devait être assez riche pour s'armer de toutes pièces et entretenir une suite suffisante.

Défense du fief et service militaire, telle était donc la double raison d'être du droit d'aînesse; en conséquence, il n'aurait dû s'exercer que sur la terre et n'exister qu'en faveur d'un héritier apte au service des armes, mais l'effet dépassa la cause, « il s'étendit, dit M. Boissonade (1), aux héritages et aux propres, c'est-à-dire aux biens que le père avait acquis par succession; il profita dans certaines coutumes à la fille aînée; les bourgeois même le pratiquèrent »; enfin quand la féodalité disparut comme régime politique, le droit d'aînesse subsista, bien que primitivement il en fût la conséquence.

Les deux idées de souveraineté et de propriété s'étaient confondues et le fief était réellement

(1) *Histoire de la réserve héréditaire.*

devenu la propriété du seigneur, le patrimoine de sa famille.

« A mesure, dit M. Laboulaye (1), que l'esprit féodal ou militaire disparut de la législation, l'esprit aristocratique ou nobiliaire le remplaça, mais par une substitution insensible et dont on ne s'aperçut qu'après plusieurs siècles écoulés.

Le droit d'aînesse amena la grandeur de certaines familles et créa une aristocratie qui, avec le temps, se trouva maîtresse d'une grande part du sol. Ces grandes familles qui devaient aux lois féodales la force et la puissance de leur maison restèrent fidèles aux coutumes antiques ; et quand le service militaire aboli, la loi féodale semblait n'avoir plus de sens, il y eut comme une recrudescence de sévérité ».

Telle est en quelques mots l'histoire du droit d'aînesse à travers les âges ; nous avons pensé qu'il ne serait pas sans intérêt de retracer les différentes phases qu'a subies cette institution dans le droit breton, de chercher comment elle a été introduite par la féodalité, sous quelles influences elle a pu survivre à sa cause et rester inscrite dans la législation jusqu'à la veille de la tourmente révolutionnaire qui balaya ce témoin vieilli d'un passé glorieux.

(1) *Recherche sur la condition des femmes*, p. 213.

Nous ne nous dissimulons pas l'aridité de la tâche ; les successions bretonnes ont toujours été célèbres par les difficultés dont elles étaient remplies ; la diversité des usements, la rareté des documents sont autant d'obstacles à la reconstitution de cet antique édifice.

D'Argentré lui-même, le plus illustre des jurisconsultes de notre province, n'a-t-il pas laissé échapper cet aveu : « C'est chose estrange et difficile à croire qu'en tout le droit coutumier il n'y ait matière si fréquente ny tant importante de sa conséquence que celle qui concerne les successions et partages et principalement entre les nobles, et que néanmoins pour venir chaque jour en usage, il n'y en a point plus mal entendue ni pratiquée (1). »

Aussi le grand sénéchal de Rennes, après avoir annoncé avec pompe son intention de réfuter les erreurs de ses contemporains par des « démonstrations telles qu'il faudra clorre les yeux au jour qui ne voudra advoüer que nous avons tous failly de veüe en l'espesseur de la nuée (2) », éprouve-t-il la crainte que cette lumière qui doit éblouir ses lecteurs ne se trouve voilée de quelques ombres, et il ajoute : « Du moins (si comme il advient), il

(1) *Avis sur les part. des nobles*. Col. 2149.

(2) Ibid. Col. 2155.

s'y trouve à redire quelque chose, j'ay confiance que les hommes bien disposez et équanimes advoüeront qu'il y a grande manière de comportement et d'excuser un labeur venant d'un homme bien enveloppé d'autres cogitations que de lettres et d'estude, à repos entre mille affaires, de paix, de guerre et d'estat, de tempestes et adventures, troubles et autres tels accidents de ce temps, auquel cet œuvre eschappe. »

Cette crainte n'était pas chimérique, du moins si nous en croyons Hévin qui, après avoir reconstitué la règle de succession aux fiefs établie par le comte Geffroy, laissa échapper ce jugement sévère :

« Voilà le texte de cette fameuse assise qui depuis cinq cens ans fait tant de bruit en Bretagne, mais quoy que tout le monde en parle, tant le bourgeois que l'artisan, et que les notaires mesme de village en rehaussent leur stile dans les actes de partage entre nobles (en disant que les parties ont reconnu que leurs autheurs se sont gouvernez selon l'assise au comte Geffroy), de dix mille personnes il n'y en a pas une qui l'ait leüe, et l'on peut juger que le nombre de ceux qui l'entendent est beaucoup moindre, puisque M. d'Argentré, n'ayant pas mesme eu le texte correct, y a fait autant de chutes que de démarches (1). »

(1) Hévin *sur Frain*, p. 543.

CHAPITRE Ier

Droit successoral primitif

Il serait sans doute téméraire de prétendre exposer dans ses détails le régime successoral admis en Bretagne dès le VIIe siècle, c'est-à-dire durant la période qui a suivi l'émigration ; les textes nous manquent en effet complètement. Nous craindrions d'ailleurs de sortir des limites que nous nous sommes imposées en nous livrant à une recherche dont le résultat serait de nous montrer l'absence complète du droit d'aînesse dans cette législation (1). Toutefois il nous paraît intéressant de signaler une institution qui peut être considérée comme l'inverse et l'antithèse de celle dont nous avons fait l'objet de notre étude : le droit de maineté ou de juveignerie ; aussi ne croyons-nous pas devoir passer absolument sous silence ces origines que le temps a malheureusement recouvert d'un voile difficile à soulever.

(1) V. Laferrière, *Histoire du Droit français,* t. II, p. 90.

Si les textes nous font défaut en ce qui concerne la Bretagne armoricaine, nous possédons en revanche le code complet des lois Galloises rédigées au xe siècle par Boël-le-Bon; malgré sa date relativement récente, ce recueil réfléchit assez exactement l'ancien état des tribus galliques (1).

La préface nous apprend que les rédacteurs « maintiennent certaines lois ou coutumes comme elles existaient antérieurement, ils en corrigèrent d'autres ou même les abrogèrent; ils en établirent aussi de nouvellee (2). » En mettant à part avec soin les dispositions qui pourraient être inspirées par l'influence saxonne ou par la domination féodale du Moyen-Age, on peut donc considérer ce code comme l'expression incomplète, mais fidèle, de la législation Galloise aux ve et vie siècles. Dès lors, il paraît vraisemblable d'admettre que les règles de droit posées par ce code ont été introduites en Armorique lors de l'émigration.

Cette hypothèse se confirme par les nombreux points de contact (3) qui existent entre la législa-

(1) Laferrière. *Histoire du Droit français*, t. II, p. 54.

(2) *Leges Wallicæ*, Wotton, 2e préface.

(3) V. Courson : *Essai sur la Bretagne armoricaine*, éclaircissements, p. 483, de Blois : *Bulletin archéologique de l'Association bretonne*, 1852, p. 212. et Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. II, chap. III. Notons en particulier ce fait caractéristique qu'au IXe siècle le transfert de la propriété se faisait, en

lion d'Hoël le bon et les vieux usages bretons que nous rapportent le cartulaire de l'abbaye de Saint-Sauveur de Redon et le coutumier du XIVe siècle, si célèbre sous le nom de « Très ancienne coutume de Bretagne. »

Cette affinité se manifeste en particulier dans les règles du droit successoral.

Le principe fondamental de la loi galloise était l'égalité dans les partages, égalité qui pouvait être maintenue jusqu'à la troisième génération.

Voici comment les choses se passaient (1) :

Le cadet devait diviser le patrimoine et faire les lots ; l'aîné choisissait le premier, puis les autres par rang d'âge jusqu'au plus jeune. Cette répartition devait durer jusqu'à la mort de tous les enfants. A ce moment, les cousins germains pouvaient, s'ils le voulaient, égaliser leurs parts : l'héritier du plus jeune frère devait faire des lots

Bretagne, dans les formes usitées très anciennement dans le pays de Galles ; nous voyons en effet dans un acte du 9 avril 842 un nommé Wenerdon donner sa terre comme si, dit le texte, il l'avait apportée d'Angleterre sur ses épaules dans un sac, c'est-à-dire suivant les coutumes en vigueur dans l'île, et sans autres droits que ceux dus au Brenin : « ...Wenerdon dedit istam terram pro isto pretio ad Sulcomin sicut de trans mare super scapulas suas in suo sacco detulisset, et sicut in insula... sine censu et sine tributo... proeter censum regis... » (*Cartulaire de Redon*, pnblié par M. de Courson, p. 103.)

(1) Venedotian, *Code*, p. 81.

égaux, et l'héritier de l'aîné choisissait le premier, puis les autres optaient à leur tour par ordre de primogéniture. Enfin si les cousins issus de germains n'étaient pas satisfaits du partage qui avait eu lieu entre leurs parents, ils pouvaient égaliser de nouveau de la même façon que les cousins germains, et cette division était définitive.

Il faut convenir que les plus anciens documents qui nous soient parvenus sur l'histoire des Bretons d'Armorique ne nous font connaître aucune succession réglée par un mode si bizarre; cependant ils nous permettent de faire un rapprochement qui rend vraisemblable l'existence, à une époque reculée, de coutumes analogues (1).

Dans le système gallois que nous venons d'exposer, les individus n'étaient pas véritablement propriétaires, mais usufruitiers, puisque leurs biens étaient grevés d'une espèce de substitution légale au profit des descendants de l'auteur commun. Il en résultait que personne ne pouvait isolément exercer les actions relatives à la propriété, comme le disent les lois d'Hoël : « Si quis calumniaverit terram, veniat cum omni parentela sua. Si hoc non fecerit, responsum ei non detur. » Or la très ancienne coutume de Bretagne formule cette même règle en ces termes : « Il y a finporter

(1) V. Courson, *Cartulaire de Redon*, Prélogom. p. CCXL.

en l'action de partage d'une pièce de terre de la succession de l'ayeul (1). » Le finporter n'était en effet autre chose que la mise en cause de la famille entière à la réquisition du demandeur ou du défendeur (2). Cette nécessité pour tout possesseur de terres de joindre au procès et de mettre en cause les membres de sa famille implique que ceux-ci avaient un droit au moins éventuel à l'intérêt en litige, ce qui s'explique fort bien en supposant que le système successoral des Gallois a été aussi appliqué en Armorique (3).

Ce sont là des vestiges bien reconnaissables des mœurs du clan (4) : tout intérêt individuel était effacé et absorbé par celui de la communauté de famille. Lorsqu'un crime avait été commis, la

(1) Edit. de M. Planiol, 1896, chap. 186, note 5.

(2) V. Chénon : *L'ancien Droit dans le Morbihan*, p. 19.

(3) Chez les Bretons, dit M. de Courson, tout bien patrimonial appartenait moins à l'individu qu'à la famille : aucune donation, vente ou aliénation quelconque ne se pouvait effectuer que du consentement des personnes auxquelles le bien pouvait un jour échoir en héritage. Il arrivait assez souvent en de telles occurrences que des présents d'une certaine valeur fussent offerts aux parents de la personne qui aliénait. On vit par exemple, en 884, un noble de la paroisse de Carentoir, nommé Haitlon, donner à ses proches quatre sous et un denier, comme s'il voulait acheter par là leur adhésion à la vente d'un petit domaine (Ran-Hailwal) estimé seulement huit sous un denier. (*Cartulaire de Redon*, prélégomènes, p. 256.)

(4) V. Courson ; *Cartulaire de Redon*, préleg., p. 239.

corne retentissait dans les vallées et réunissait tous les parents de la victime, afin de délibérer sur la vengeance à tirer du meurtrier ; si une compensation pécuniaire (*galanas*) était acceptée, elle devait être partagée entre tous les membres du clan; de cette façon, les causes de division étaient écartées et chacun était prêt à obéir au chef commun.

Le principe d'égalité absolue admis par les coutumes galloises comportait cependant un tempérament qui constitue une des particularités les plus remarquables de cette législation : « Quand les frères partagent entre eux leur patrimoine (1), au dernier ne revient l'habitation principale avec les huit arpents (2) les plus rapprochés, les provisions paternelles, le chaudron, la cognée et le soc de la charrue, car le père de famille ne peut disposer de ces trois objets au préjudice de son fils puîné; eussent-ils été mis en gage, ils demeurent inaliénables. Puis, que chaque frère prenne une

(1) *Gwentiam Code*, p. 570.

(2) Le mot (erw) que nous traduisons par arpent signifie un sillon en gallois comme en breton ; on l'employait aussi pour désigner une mesure appliquée exclusivement à la terre arable ; sa contenance était de 4,320 yards, c'est-à dire environ 10 ares. Chaque patrimoine comprenait donc 80 ares de terre labourable, plus la part contingente dans la jouissance des biens communs, V. sur ce point : *Ancient laws et Institutes of Wales*, p. 81, 90, 262.)

habitation avec huit arpents (1) : le plus jeune doit faire les lots et le choix s'exerce par rang d'âge.

Le rapprochement est ici encore plus frappant : tout d'abord on peut relever dans les anciennes chartes de l'abbaye de Redon des traces incontestables d'une organisation de la terre analogue à celle du pays de Galles : ainsi le « ran » armoricain, lopin de terre d'une contenance de huit modii de semence (2) ne paraît guère différer du domaine de huit erws attribué à chaque Cambrien libre ; de même le « tigran » (3) du pays de Vannes rappelle singulièrement le tyddyn gallois ; enfin, M. de Courson nous apprend qu' « on retrouve dans la petite Bretagne jusqu'à la « tyr cyfryf » (terra numerata) qui dans la Cambrie se partageait par portions égales entre les tenanciers des trèves serviles et devait servir à l'entretien des chiens et des chevaux des brenin ou des arglwyd » (4).

(1) L'attribution de cette parcelle d'une contenance fixe de huit erws à chaque fils s'explique par ce fait que la propriété, qui avait cessé d'être commune, n'était pas encore individuelle ; elle appartenait à la famille ou plutôt à une association de familles constituant le clan. Dès lors, quand un enfant mâle venait au monde, le « penkeneld » ou chef de parenté mettait le père du nouveau-né en possession des huit erws affectés à tout « cymry » libre. (V. l'*Histoire des peuples bretons*, par M. de Courson, T. II, p. 26 et suivantes.)

(2) *Cartulaire de Redon*, p. 9.

(3) Ibid., p. 4.

(4) Ibid., prolégomènes, p. 241.

Rapprochons maintenant de ce texte Gallois le passage suivant de l'usance de Rohan : « En succession directe de père et de mère, le fils juveigneur et dernier né desdits tenanciers succède au tout de ladite tenue et en exclut les autres, soient fils ou filles. »

Sans doute, la règle n'est pas absolument la même : chez les Gallois, le privilège ne comportait qu'un préciput mobilier et le droit du cadet de prendre pour sa part le manoir principal et le lopin de terre y attenant ; en Armorique, il consistait en un véritable préciput s'étentendant à la tenue tout entière : Aussi quelques auteurs ont-ils refusé de voir un lien quelconque entre le droit de maineté des Gallois et la quevaize bretonne ; ils tirent argument de la rareté de ce privilège en Armorique, il ne s'applique en effet qu'à des tenures presque serviles et entre gens de condition inférieure, et cela seulement dans la coutume de Rohan, dans quelques usements comme celui de Corlay et sur les terres dépendant des abbayes de Rellec et de Bégar. Si, disent-ils (1), le droit de juveignerie avait été apporté par les Bretons d'Outre-Manche, il aurait

(1) V. G. d'Epinay. *L'ancien Droit successoral en Basse-Bretagne*.

laissé des traces plus anciennes et une tout autre extension sur le sol armoricain.

La démonstration ne nous paraît pas probante, car le droit d'aînesse s'étant introduit sous la féodalité, comme nous le verrons tout à l'heure, vint naturellement combattre un privilège qui lui était si opposé et finit par en triompher complètement dans la classe supérieure. Dans le peuple, il perdit peu à peu sa raison d'être, car le pays étant suffisamment peuplé, les aînés ne trouvaient plus à s'établir au loin et réclamaient leur part de l'héritage paternel. Aussi, dès le XVIe siècle, époque de la rédaction de la coutume, il ne restait plus que de rares vestiges de cette vieille institution.

On a cru longtemps que le droit de juveignerie était particulier à quelques contrées de la France et de l'Angleterre plus spécialement habitées par la race celtique ; tout le monde reconnaît aujourd'hui que c'était là une erreur, car on en a retrouvé des vestiges dans la plupart des anciennes législations européennes, notamment en Flandre, en Allemagne, en Hongrie, en Russie et même chez les Maoris de la Nouvelle-Zélande (1).

Il est donc certain que ce privilège du cadet est une des institutions de l'humanité primitive ;

(1) V. le *droit de succession au Moyen-Age*, par M. Glasson, p. 93.

M. Ernouf commentant le texte de Hoël-dda va même jusqu'à soutenir que la mention du chaudron, de la cognée et du soc de la charrue implique une grande valeur attachée à ces objets ; le « junior right » remonterait donc à l'âge de bronze où l'emploi des métaux était peu connu (1).

On a beaucoup discuté sur la cause de cette préférence accordée au cadet ; Montesquieu (2) l'explique en ces termes :

« C'est toujours le dernier des mâles qui est héritier par la raison qu'à mesure que les aînés sont en état de mener la vie pastorale, ils sortent de la maison avec une certaine quantité de bétail que le père leur donne et vont former une nouvelle habitation. Le dernier des mâles qui reste dans la maison avec son père est donc son héritier naturel. »

Cette explication nous paraît exacte : en ce qui concerne les Gallois, nous savons en effet que dès l'âge de quatorze ans, l'enfant passait de la puissance du père dans celle de l'Arglwydd, c'est-à-dire du seigneur du sol ; il devenait son homme ; il formait une nouvelle famille, et l'Arglwydd lui confiait une tenure ou l'attachait à sa personne. Dès lors tous les liens de la famille naturelle

(1) *France judiciaire*, tome VII, du *Droit de juveigneri*e.

(2) *Esprit des lois*, XXI, 18.

étaient dissous ; la puissance du père sur la personne et sur les biens du fils était complètement épuisée, et celui-ci passait dans la famille civile du chef politique (1).

Le plus souvent, le dernier enfant restait seul auprès de son vieux père, ce qui explique la préférence dont il était l'objet.

En Cornouaille, les choses devaient se passer d'un façon analogue ; le pays était pauvre et les cultivateurs ne pouvaient nourrir tous leurs enfants ni leur donner de l'ouvrage sur leur tenure. Ils envoyaient les aînés gagner leur vie hors du foyer domestique, ceux-ci se mariaient et fondaient une nouvelle famille loin du domicile des parents. Le plus jeune restait pour soutenir leur vieillesse, alors que leurs forces commençaient à décliner ; souvent il habitait seul avec eux au moment du décès du tenancier ; de là s'est établie une présomption légale de cohabitation qui a eu pour

(1) Wotton, liv. II, chap. xxx, p. 179. « Pater filium post decimum quartum annum completum adducet ad dominum, illique eum tradet. Hominium tunc filius præstabit domino, ejusque familiam sequetur et deinde ipse pro se respondebit in omnibus causis in quibus lis ei instituta fuerit, et facultatem suarum dominium habebit. Patri autem illum castigare ex illo tempore non magis licebit quam cuilibet extraneo ; et si illum castigaverit et filius litem illi ob id intenderit, multæ obnoxius erit et filio ob injuriam ei allatam compensationem faciet. »

conséquence le droit de succéder seul à la tenure (1).

Ce privilège s'explique donc facilement chez un peuple pastoral menant la vie nomade ; plus tard, lorsque les Bretons insulaires se furent créé des établissements stables dans leur nouvelle patrie, il eut encore l'avantage d'assurer l'indivisibilité de la tenure et d'éviter un trop grand morcellement du sol.

Au XVIIe siècle, le privilège de juveigneur était regardé comme une anomalie extraordinaire, les jurisconsultes étaient imbus du droit d'aînesse que certains d'entre eux considéraient comme une institution du droit divin, ils ne pouvaient se rendre compte des motifs qui avaient inspiré une coutume si opposée aux idées de l'époque ; l'irritation du commentateur Furic (2) est extrême contre « ce prétendu usement qui dépouille l'aîné de ses avantages pour en revêtir le cadet. . ., cette coutume contraire à la loi de Dieu qui a toujours donné les avantages du bien à celui qui avait reçu

(1) Nous verrions donc volontiers avec M. d'Epinay, dans le privilège du juveigneur, une application du grand principe des communautés taisibles d'après lequel. pour succéder, il faut avoir vécu avec le tenancier défunt jusqu'au moment de son décès. (V. l'*Ancien Droit successoral en Basse-Bretagne* dans la *Nouvelle Revue historique du Droit*, année 1895, p. 278.)

(2) *Usement du domaine congéable*. Rennes, 1664, p. 61 et 62.

ceux de la naissance », et il conclut par une condamnation en règle de ces « droits fantasques et exorbitants », de ces « usances injustes et injurieuses à la nature, mal digérées et de mauvais exemple (1). »

Le rapprochement que nous venons de faire entre la législation de Hoël-dda et les vestiges les plus anciens que nous possédions des coutumes armoricaines nous permet, croyons-nous, de conclure que, selon toute vraisemblance, le régime successoral en usage dès le VIe siècle en Bretagne avait le plus grand rapport avec celui de la Cambrie. Mais ce serait une erreur de croire que l'unité ait jamais existé sur ce point ; chaque groupe d'émigrants apportait les coutumes particulières du coin de terre qu'il quittait, et de là naquirent les innombrables usements dont quelques-uns ont échappé à l'oubli et sont parvenus jusqu'à nous.

S'il fallait ajouter un nouvel argument à la thèse de l'importation du droit gallois en Armorique, nous rappellerions l'entêtement proverbial des races celtiques qui leur a permis de vivre pendant des siècles côte à côte avec des populations de langues et de mœurs si différentes sans rien perdre de leur propre originalité.

(1) V. appréciation analogue dans d'Argentré : *Avis sur les part. des nobles* : col. 2200.

« Ces faibles débris d'un grand peuple, dit Augustin Thierry (1) en parlant des Bretons insulaires, eurent la gloire de conserver la possession de leur dernier coin de terre contre les efforts d'un ennemi immensément supérieur en nombre et en richesses, souvent vaincus, jamais subjugués, et portant en eux-mêmes à travers les siècles la conviction imperturbable d'une éternité mystérieuse réservée à leur nom et à leur langue. »

Il faut arriver jusqu'à la fin du XII[e] siècle, à l'année 1185 pour trouver un texte d'une portée presque générale établissant une règle en matière de successions; ce document, connu sous le nom d'Assise au comte Geffroy, consacre le droit d'aînesse dans toute sa rigueur pour la transmission des baronies et des fiefs de chevaliers. Nous verrons plus tard que cette règle fut une importation de droit anglais, mais nous devons nous demander dès maintenant si une transformation tellement radicale fut faite subitement par la volonté d'un nouveau chef ou si, au contraire, elle fut précédée de quelques signes avant-coureurs.

D'Argentré se déclarait nettement pour la première hypothèse : « Auparavant l'assise au comte Geffroy, les partages de tous les nobles étaient égaux selon la forme du droit civil, c'est ce qu'on

(1) *Histoire de la conquête de l'Angleterre.* T. I. p. 121.

dit en Bretagne teste à teste sans aucune préférence (1) »

Le Baud, dans son histoire de Bretagne, adopte la même opinion (2) : elle semble d'ailleurs corroborée par le texte de l'assise : nous y voyons en effet les frères se partageant la terre patrimoniale au grand détriment du pays, mal auquel Geffroy s'efforce de remédier (3).

Il nous paraît incontestable que le partage égal était encore à cette époque la règle, mais non avec le caractère absolu que lui attribue d'Argentré, il comportait au contraire quelques exceptions.

Hévin a été plus loin et a soutenu que l'indivisibilité des terres était antérieure à l'assise : « Les histoires particulières des maisons de

(1) *Avis sur les partages des nobles* : 1re proposition.

Le même d'Argentré dit un peu plus loin :

« Auparavant l'assise, duquel temps il ne trouve rien par écrit, ny quelle était l'usance sur les partages des nobles, fors qu'il y a apparente conjecture qu'il n'y avait aucun advantage et qu'on partageait par teste, car si lors les partages eussent été advantageux et sans doute, il n'eust point été nécessaire de l'establir par ordonnance faite spécialement pour cet effet, comme fut l'assise du comte Geffroy, laquelle en son texte donne assez à cognoistre qu'auparavant on se gouvernait par teste. » (*Avis sur les partages des nobles*, col. 2170.)

(2) *Hist. de Bretagne*, p. 198.

(3) « Cum in Britannia detrimentum terræ plurimum soleat evenire... quod ulterius non fierent divisiones » (*Texte de l'assise*.)

Rohan, de Vitré de Dol, de Ponthièvre, d'Avaugour, de Raiz, de Léon, de Châteaugiron et autres, dit-il, montrent manifestement que ces grandes seigneuries passaient d'aîné en aîné et n'étaient pas démembrées tête à tête et sans prérogatives (1). » A l'appui de cette assertion, il rapporte quelques titres de l'abbaye de Saint-Pierre de Rillé et concernant les seigneurs de Fougères, fondateurs de ce monastère. Ces textes dont les plus anciens remontent jusqu'à 1150 établissent que, dès cette époque, l'intégrité de la seigneurie était conservée les puînés ne recevant qu'un apanage que leur assignait l'aîné (2).

Les bénédictins nous ont aussi laissé un titre datant de l'année 1269, qui vient encore corroborer cette théorie : c'est un accord passé devant le sénéchal du comté de Léon, par lequel sont réglés les droits des héritiers d'un nommé Rouaud (3). Ce titre nous apprend qu'il existait une coutume spéciale pour le Léon fondée sur les assises tenues par les barons de ce comté « secundum veteres assisias leonenses », que cette coutume consacrait la saisine et un avantage « avantagium sur primogenituram » pour l'aîné.

(1) *Consultations sur la coutume de Bretagne*, p. 43.

(2) Hévin *sur Frain*, p. 521 et 522.

(3) Dom Morice. *Preuves*. T. I, col. 1019.

Il est dit en outre que la succession sera partagée inégalement « patrimonium disparatum ». Ces assises de Léon remontent sans doute à une époque fort reculée : elles sont traitées de vieilles en 1269 ; et sont certainement antérieures à l'institution du parage : en effet, ce même acte décide que les cadets dont la terre pourra former un fief rendront hommage à l'aîné, or dans la tenure en partage l'aîné rendait au seigneur dominant la foi et l'hommage pour la totalité du fief, tandis que les puînés tenaient leur portion sans en faire hommage ni au seigneur dominant ni à l'aîné.

Ces documents établissent d'une façon certaine l'existence du droit d'aînesse dans certaines familles avant la fin du XIIe siècle ; ce fait nous explique d'ailleurs que l'assise de Geffroy ait été rédigée à la demande des évêques et des barons (1). D'autre part, il est incontestable que le partage égal était encore la règle à cette époque, car le texte même de l'assise annonce un changement.

Cette tendance nouvelle qui se manifestait dans quelques grandes familles était sans doute inspirée par les coutumes voisines, en particulier par celle de Normandie. Peu à peu elle triompha

(1) « Petitioni episcoporum et baronum omnium Britanniae satisfaciens ». (*Texte de l'assise.*)

des obstacles qu'elle rencontrait dans des usages plusieurs fois séculaires, et l'assise de 1185 dont nous allons aborder l'étude, bien loin d'apparaître comme une réforme arbitraire, fut au contraire le couronnement d'une lente évolution.

CHAPITRE II

Régime successoral en vigueur à la fin du XIIe siècle

Section I

L'Assise de Geffroy.

§ I. — *Renseignements généraux.*

La fin du XIIe siècle marque une étape dans l'histoire de la Bretagne : jusque-là, sauf les conquêtes éphémères des empereurs francs, elle avait été complètement autonome et s'était toujours vu gouvernée par des chefs sortis de son propre sein ; aussi l'esprit d'indépendance et de liberté était-il profondément gravé dans le cœur des Armoricains. Sans doute les rivalités intestines et les guerres privées étaient fréquentes, mais lorsque l'existence nationale se trouvait en danger, toute inimitié était pour un instant oubliée, chacun ne pensait plus qu'à repousser l'envahisseur, et l'on vit à diverses reprises ce petit peuple tenir en échec les héros francks, vainqueurs de l'Europe.

On pouvait alors appliquer aux chefs bretons ces paroles d'Augustin Thierry (1) :

« Les gens du peuple en Basse-Bretagne n'ont

(1) *Conquête de l'Angleterre*, T. II, p. 50.

jamais cessé de reconnaître dans les nobles de leur pays les enfants de la terre natale ; ils ne les ont jamais haïs de cette haine violente que l'on portait ailleurs à des seigneurs de race étrangère et sous ces titres féodaux de barons et de chevaliers, le paysan breton retrouvait encore les tierns et les mactierns des premiers temps de son indépendance. »

L'ambition d'un souverain étranger ne devait pas tarder à modifier cet état de choses : Henri II, roi d'Angleterre, profitant de la faiblesse du roi Conan lui fit signer en 1166 un traité par lequel celui-ci lui promettait de donner sa fille Constance alors de âgée de 4 ou 5 ans à Geffroy, fils de Henri « combien qu'il ne fût né que d'un mois » dit d'Argentré (1). En attendant que ces jeunes souverains fussent en état de régner par eux-mêmes, le gouvernement de la Bretagne fut en fait abandonné à Henri, et Conan se regarda dès lors comme son lieutenant (2). Le règne de Geoffroy fut court, il périt en 1186, à l'âge de 28 ans des suites d'une chute de cheval dans un tournoi. Mais si la domination des Plantagenets fut de brève durée, elle n'en fut pas moins un acheminement vers la ruine de l'indépendance

(1) *Hist. de Bretagne*, pag. 243.

(2) D. Lobineau. *Preuves*, T. I, p. 155.

bretonne ; en effet, le trône ducal passa dans la maison de France par le mariage d'Alix, fille de Constance avec Pierre de Dreux et y resta jusqu'à la réunion à la couronne.

C'est donc à une époque de transition que fut tenue la célèbre assise de Geffroy ; les institutions celtiques étaient peu à peu abandonnées pour faire place au flot montant de la féodalité, et elles finirent par disparaître complètement sauf dans le peuple qui en conserva des traces jusqu'à la chute de l'ancien régime.

Ce document est la plus ancienne des lois rédigées en France qui ait réglé l'ordre des successions féodales ; il a eu le rare privilège d'échapper aux vicissitudes du temps et de rester en vigueur sauf quelques modifications jusqu'en 1790. A la veille de la révolution il en avait encore été fait application dans un procès relatif à la baronnie de Quintin qui dépendait de la succession du duc de Lorge. Outre son ancienneté, il a le rare mérite d'être un document officiel et non une œuvre de praticien comme les « Etablissements de St-Louis » et la plupart des autres documents de l'époque.

La réforme de Geffroy est une importation de droit anglais (1) ; Hévin s'en était douté : « comme

(1) V. Chénon. *L'ancien droit dans le Morbihan*, p. 11.

c'est l'ordinaire, dit-il, que les souverains insinuent autant qu'ils peuvent dans leurs nouvelles provinces les lois originaires de leur pays natal, que Guillaume I[er] du nom, duc de Normandie, aïeul du même Henry en avait usé de la sorte après avoir conquis l'Angleterre ...... il est très vraysemblable que le roi Henry avait formé le même dessein pour la Bretagne. Du moins, il est certain que Geffroy son fils l'exécuta par la promulgation de cette assise » (1).

Aucun doute ne saurait subsister sur ce point, lorsqu'on compare le texte de l'assise au passage suivant de Glanville (2). « Si plures reliquerit filios, si miles fuerit vel per militiam tenens, tunc secundum jus regni Angliae primogenitus filius patri succedit in totum, ita quod nullus fratrum suorum partem inde de jure tenere potest » (3).

Toutefois, il n'est pas sans intérêt de remarquer que l'importation provint d'abord de Normandie, en effet le droit d'aînesse était inconnu en Angleterre jusqu'à la conquête de Guillaume

(1) Hévin. *Consultations sur la cout. de Bret.*, p. 497.

(2) Liv. 7, chap. 3.

(3) C'est un fait assez remarquable que le droit féodal ait été importé vers la même époque dans le pays de Galles par le beau-frère de Henri II, par David, prince des Gallois : ce fait constitue un lien de plus dans la conformité des idées et des usages entre les coutumes galloises et celles de la Basse-Bretagne.

le Bâtard : il y fut introduit par les envahisseurs, puis il se fortifia et se développa sur le sol de la Grande-Bretagne ; enfin ce droit d'aînesse devenu propre à l'Anglerre fit sentir son influence dans certaines parties de la France et notamment en Bretagne (1).

L'objet principal de l'assise était de généraliser l'usage qui tendait à s'introduire peu à peu de rendre le fief indivisible en l'attribuant pour la totalité à l'aîné. Cette réforme était faite dans l'intérêt du prince et des barons ; Hévin nous apprend que Geffroy « marchait sur les pas de son père qui avait été belliqueux et grand faiseur d'armées, et qu'il exigeait avec rigueur le service militaire qui lui était dû par les possesseurs des baronies, fiefs de hauberg et autres. Les comtes et barons qui avaient ainsi leurs vassaux sujets au service d'armes à raison des seigneuries qu'ils tenaient d'eux avait le même intérêt à cause des guerres privées qu'ils se déclaraient continuellement » (2).

La préoccupation du service militaire, apparaît d'ailleurs dans tous les textes anciens relatifs à l'impartibilité des terres :

« Ne me semble mie que fiez puisse être partiz

(1) V. *Droit de succession au Moyen-âge*, par M. Glasson, p. 19.

(2) *Arrêts du Parlement de Bretagne*. T. II, p. 513.

ne doie, dont chascune partie n'est sofisanz à servir » (1).

Le texte de l'assise donne bien à entendre que les rédacteurs cherchaient à remédier à un état de choses qui compromettait la sécurité du pays « quum super terris inter fratris dividendis detrimentum terrae plurimum soleat evenire. » En effet, le morcellement des seigneuries affaiblissait le rempart qui devait s'élever contre les envahisseurs et laissait la péninsule exposée à toutes sortes de ravages.

Sans doute, dans quelques grandes familles, l'usage s'était déjà introduit d'attribuer le fief à l'aîné, mais les cadets en recevaient quelques démembrements comme nous l'apprend Hévin :

« La conjoncture du temps fit reconnaître qu'encore que les aînés retinssent le principal des seigneuries et n'en fissent qu'une très petite part à leurs puînés, néanmoins ces éclipses et petits démembrements diminuaient par succession de temps la consistance primitive des seigneuries qui avaient été baillées à charge de faire service de chevalier ou par pleines armes et quelquefois avec certain nombre de chevaliers, au moyen de quoi les revenus desdites terres devenaient insuffisants de fournir au service » (2).

(1) *Conseil à un ami*. P. de Fontaines. Chap. 4, n° 8.

(2) *Arrêts du Parlem. de Bretagne*, T. II, p. 5.

Tel était le but de l'assise, nous en voyons une preuve nouvelle dans un document fort intéressant inséré par le Baud dans son histoire de Bretagne ; c'est un « rolle des osts du duc » de 1294 : nous y lisons que les chevaliers dus au duc par les terres relevant de lui étaient au nombre de 166, tandis que les écuyers n'étaient que 17. Ces chiffres paraissent bien faibles en comparaison des 60.215 fiefs de chevalerie que comptait l'Angleterre d'après le Doom'sday book ; nous y voyons l'indice de la « diminution de la consistance » des seigneuries signalée par Hévin et qui avait pour effet de les faire déchoir de leur qualité de fiefs de chevalerie.

Il est donc manifeste que les auteurs de l'assise se proposaient d'arrêter ces morcellements, et nous pouvons affirmer que la mesure fut efficace : en effet, normalement les fiefs d'écuyers étaient beaucoup plus nombreux que les fiefs de chevaliers, or, en 1294, nous voyons la proportion renversée, ce qui s'explique fort bien par ce fait que l'assise ne s'appliquait pas à la première catégorie de fiefs ; ils ont donc continué à se partager comme par le passé, et ont été réduits au chiffre infime de 17, tandis que le nombre des fiefs de chevalier restait stationnaire grâce au principe d'indivisibilité absolue introduit par Geffroy.

D'après Hévin, outre l'utilité politique que nous venons de signaler, les rédacteurs de l'assise auraient encore eu en vue de tarir dans leur source les procès innombrables qui s'élevaient entre frères à l'occasion du partage de la terre paternelle : « comme plusieurs contenz venissent en Bretagne entre frères sur départir leurs terres » (1) ; cette considération, bien qu'ayant moins de portée que la précédente a pu cependant être d'une certaine importance dans l'esprit des réformateurs.

Ce serait une erreur de croire que la réformation de 1185 ait eu le caractère d'une décision législative dont l'observation se serait imposée à l'ensemble des feudataires visés par elle ; les barons de Bretagne étaient à cette époque de puissants seigneurs qui échappaient presque complètement à l'autorité du duc ; leurs prérogatives étaient telles qu'ils pouvaient se considérer comme exempts de tout lien de dépendance (2) ; il régnait

(1) *Ancienne traduction de l'Assise.*

(2) D. Morice *Preuves*, T. II, préface.

« La Bretagne armoricaine, dans sa première constitution, tenait plus de l'aristocratie que de la monarchie et se gouvernait à peu près de la même manière que les Gaulois et les anciens bretons. »

(Dom Lobineau cité par M. de Courson, *Cartulaire de Redon* prélégomènes, p. 239.)

dans leurs seigneuries des coutumes ou usances particulières, ils possédaient une ville close, ils avaient le droit de guet dans leurs châteaux et forteresses, ils rendaient la justice ; d'après quelques auteurs, ils avaient même le droit de tailler leurs vassaux roturiers sans être tenus d'obtenir le consentement du duc (1), ils battaient monnaie, etc.

Le duc Geffroy n'aurait pu de sa propre autorité imposer une règle de succession à ses grands feudataires, il ne pouvait que leur proposer une réforme ; l'acte de 1185 fut donc un accord qui n'avait force de loi qu'à l'égard de ceux qui y avaient pris part et avaient juré d'observer la règle adoptée.

Outre la jurée de l'assise intervenue entre les seigneurs qui y adhérèrent, un nouveau serment devait être prononcé par chaque génération : « decrevimus etiam necessarium ut majores natu et juniores eam jurarent tenendam » (2).

Cette exigence s'explique facilement si l'on se rappelle qu'alors les contrats étaient considérés comme strictement personnels, c'est-à-dire comme

(1) Ce point est contesté par M. de Courson : *Essai sur la Bretagne armoricaine*, p. 316, et *Histoire des peuples bretons*, T. II, p. 215. En sens contraire, V. D. Lobineau, D. Morice et M. Daru.

(2) *Texte de l'Assise*.

ne liant que les parties contractantes et non leurs héritiers ; il fallait donc que chaque génération vînt renouveler le pacte ancestral afin de lui donner une nouvelle vigueur (1).

Il paraît extraordinaire à première vue que l'assise dont le but est d'établir l'impartibilité des terres et l'attribution de la totalité à l'aîné ne vise absolument que le cas de succession et passe sous silence les partages entre vifs par sous-inféodations ou par constitution de fiefs indépendants.

L'explication en est aisée : d'après une opinion généralement admise, les seigneuries bretonnes sont toutes nées de démembrements résultant de partages et les donations de terres entre vifs étaient inusitées ; il ne faut donc pas s'étonner qu'on n'ait pas songé à prohiber un usage inconnu.

Ces quelques renseignements (2) étaient utiles pour nous permettre de voir sous son vrai jour l'assise de Geffroy ; la teneur de cet acte qui constitue le monument le plus important pour l'étude des successions bretonnes nous a été conservée par plusieurs manuscrits, mais la plupart d'entre eux ont été dénaturés par les erreurs des copistes ; nous nous attacherons au texte que M. Planiol a

(1) V. l'étude de M. Esmein *sur les Contrats dans le très ancien Droit français.*

(2) Pour plus de détails, V. Planiol : *l'Assise au comte Geffroy*, p 16 à 33.

publié d'après ceux de Dom Lobineau et d'Hévin ; ce dernier, de beaucoup le meilleur, avait été rédigé conformément aux copies prises au XVI[e] siècle sur l'original de Vitré (1).

L'assise visait les baronies et les fiefs de chevaliers : les baronies étant de grandes seigneuries relevant directement du duc ; leur nombre était fort restreint mais non orginairement limité à neuf, comme on l'a prétendu ; ce chiffre ne devint la règle qu'à partir de Jean IV qui voulut avoir, à l'instar du roi de France, un nombre égal de prélats et de seigneurs pour tenir ses états ; comme il y avait neuf évêchés bretons, ce chiffre fut appliqué aux baronies, et dès que l'une d'elles venait à s'éteindre, on en créait une nouvelle pour la remplacer. Quant aux fiefs de chevaliers aussi appelés chevaleries, c'étaient des seigneuries possédant le droit de haute justice et dont le possesseur devait un chevalier armé de toutes pièces.

Il importe de remarquer avec Hévin (2) qu'à proprement parler l'assise n'a pas été faite pour les barons et chevaliers mais plutôt pour les baronies et fiefs de chevalerie ou de haubert. Cette nuance a échappé à d'Argentré : à l'époque où il vivait, on ne connaissait que la chevalerie personnelle, titre

(1) V. l'étude de M. Planiol sur l'*Assise*, n[os] 3 et 8.

(2) *Arrêts du parlem. de Bret.* p. 511.

nobiliaire attaché à la personne et périssant avec elle ; il a cru qu'elle était visée par l'assise et il est arrivé à cette conséquence dont il s'étonnait lui-même « que cette qualité personnelle, accidentelle, qui ne naît point avec l'homme et qui n'est ni de sang ni de race imprime un effet réel sur les biens de la succession ».

L'assise visait une autre espèce de chevalerie (1) tombée depuis en désuétude, c'était une qualité réelle ou féodale imprimée au fief et qui subsistait indépendamment du possesseur. Ces fiefs de chevaliers pouvaient être tenus par des personnes

(1) Le gentilhomme ou noble d'assise ne se déterminait pas par sa qualité personnelle, mais relativement à la possession des terres et seigneuries d'assise ; en sorte que la succession de tout noble qui avait été promu à l'ordre de chevalerie n'estoit pas partagée suivant l'Assise, à moins que les fiefs qu'il laissait ne fussent d'assise ou de haute justice. Car il serait contre la vérité et mesme contre le bon sens de dire que dès là qu'un homme eust été fait chevalier, toutes ses terres et fiefs, même les rotures et les bourgages fussent devenus seigneuries titrées ou de haute justice ; tout chevalier pouvait conférer l'ordre de Chevalerie, et même les souverains se faisaient faire chevaliers par leurs sujets comme le roy François Ier le voulut estre par la main dn chevalier du Terrail surnommé Baiard, mais quoy que tout chevalier pût conférer la chevalerie personnelle, il ne pouvait pas changer la condition des terres, les annoblir et les décorer de haute justice, ny conséquemment les rendre susceptibles du gouvernement de l'Assise qui ne s'extendait qu'aux baronies et chevaleries réelles ou bacheleries ayant haute justice ». (Hévin, *Consultations*, p. 555.

qui n'avaient pas le caractère de chevalerie personnelle et qui étaient même incapables de l'avoir comme les évêques et les abbés.

Dès lors, nous n'avons plus à nous demander comme le faisait d'Argentré, si l'assise s'appliquait à tous les biens du chevalier : elle visait en effet une certaine catégorie de terres « baroniæ et feoda militum » et non l'ensemble des biens comprenant la succession d'un baron ou d'un chevalier.

§ II. — *Droits respectifs de l'aîné et des puînés*

Le second paragraphe de l'assise contient sa disposition essentielle : l'attribution de la totalité du fief de l'aîné :

« Quod in baroniis et feodis militum ulterius non fierent divisiones, sed major natu integre obtineret dominatum et junioribus majores providerent et invenirent honorifice necessaria juxta posse suum. »

En Bretagne, comme dans toutes les autres coutumes, le droit d'aînesse appartenait toujours au premier né des mâles, alors même qu'il aurait eu des sœurs plus âgées.

Quant aux puînés, il étaient réduits à une pension alimentaire que leur servait leur frère et dont la quotité a soulevé quelques controverses : cer-

tains auteurs, en effet, on considéré l'expression « juxta posse suum » comme signifiant « ad libitum » et par suite les puînés comme livrés à la discrétion de l'aîné. C'était l'opinion de d'Argentré : « Les puînés, dit-il, n'étaient fondez lors de l'assise qu'en provision d'aliments pour entretenir leur estat et ladite provision incertaine, à l'arbitrage de l'aîné, sans diffinition de quotte » (1).

D'après lui, cet arbitrage n'était pas toujours inspiré par la générosité : « L'aîné se rend dur revesche et ferme les oreilles et n'entre en l'affection du père comme aux biens et écoute assis et du foyer celui qui demande son pain à la porte. »

Que des abus se soient introduits, il ne faut pas s'en étonner, mais il n'en est pas moins vrai que d'après le texte même de l'assise, les cadets devraient recevoir une pension proportionnée au montant de la succession puisqu'elle devait être fixée en tenant compte de la situation de l'aîné (2).

(1) *Avis sur les partages des nobles.* col. 2167.

(2) Cette opinion est confirmée par le texte de l'arrêt de Conflans (1341) qui donna à Ch. de Blois une portion du duché de Bretagne « Praedicto Carolo ex adverso proponente quod de usu et consuetudine notoriis Britanniae insuccessionibus feudorum inter nobiles generaliter observabatur, quando sunt plures

Hévin va même plus loin et soutient que dès le temps de l'assise, la part des puinés fut fixée au tiers en usufruit ; à l'appui de cette affirmation il cite un partage de la maison de Fougères (1). Mais dans l'espèce il s'agit d'une succession échue vingt-cinq ans avant l'assise et dont la dévolution ne fut réglée que vers l'an 1200 : le litige s'élevait donc à une époque de transition entre l'ancienne règle du partage égal et la nouvelle qui accordait la totalité à l'aîné ; ce titre est donc une transaction et on ne peut par suite l'invoquer comme un exemple du droit commun (2).

Nous croyons donc que dans la pensée des réformateurs la quotité de la pension aurait dû être fixée « arbitrate boni viri » en tenant compte de l'importance de la sucession, mais en fait les aînés étant à la fois juges et parties durent sou-

fratres primogenitus in omnibus feudis, quantumcumque magnis et nobilibus etiamsi Comitatus Baroniæ aut vicecomitatus existant, ut heres proprietarius succedit et solus in solidum recipitur ad fidem et homagium fendorum praedictorum et fratribus suis junioribus seu post natis tenetur facere provisionem victus seu apanagium *secundum eorum statum et quantitatem terræ*, itamen quod status primogeniti et accessoria integra perpetuo conserventur. » (Cité par Daguesseau, *Mémoire sur l'assise* : Œuvres complètes, T. V., p. 537).

(1) *Arrêts du parlemenls de Bretagne*, p. 523.

(2) Dagusseau. *Mémoire sur l'assise.* Œuvres complétés, T. V, p. 499.

vent abuser de la situation et augmenter encore l'importance du privilège qui leur était accordé en dépouillant leurs cadets du peu auquel ils avaient droit. C'est sans doute afin de réagir contre ces abus qu'une nouvelle règle s'établit dans la suite fixant au tiers de la succession la part des puînés quel que fût leur nombre.

Au moment où l'assise fut rendue, quelques successions venaient d'être partagées, morcelant des baronies et des fiefs de chevaliers en parties insuffisantes pour fournir le service et aggravant ainsi le mal auquel on voulait remédier. Devait-on respecter ces partages ou les mettre à néant et, appliquant le droit nouveau, décider que la totalité de la seigneurie reviendrait à l'aîné ?

Le principe de non-rétroactivité aujourd'hui inscrit dans nos codes interdirait toute hésitation sur ce point ; Geffroy et ses barons tranchèrent la question par une distinction : « Ea vera quæ tunc juniores possidebant in terris sive denariis tenerent quamdiu viverent. Heredes quidem terras tenentium, illas possiderent in perpetuum ; heredes vero denarios et non terras habentium, minime post patres haberent. »

Si donc les puinés avaient reçu leur part en terres par démembrement de la seigneurie, il leur était permis de la conserver et de la transmettre

à leurs héritiers : si, au contraire, ils avaient reçu pour lot des charges ou rentes grevant la seigneurie et qui diminuaient sa valeur sans en faire un démembrement effectif et réel, alors ces charges ou rentes devaient s'éteindre par le décès du titulaire. La divergence des solutions appliquées aux deux hypothèses prévues par le texte nous paraît devoir s'expliquer par le désir de ne pas porter ateinte à la propriété du sol. De plus le démembrement effectif était peut-être moins préjudiciable aux intérêts du suzerain que la constitution de charges qui venant grever une terre pouvaient réduire son possesseur à l'indigence et partant à l'impossibilité de fournir aucun service alors que l'importance du fief semblait le désigner comme un vassal puissant et capable de fournir un renfort important à son suzerain.

L'assise, comme nous l'avons déjà dit, ne prohibait le partage des terres que dans le cas de la succession ; les donations restaient donc libres et l'aîné avait la faculté d'abandonner à ses frères une part de fief en pleine propriété. Mais le père ne pouvait user du même droit dans son testament, ou du moins il ne le pouvait qu'avec le consentement de son fils aîné : l'observation de l'assise était donc laissée à la discrétion de ce dernier :

« Père et mère ne peuvent donner riens de leurs

héritages sans la volunté de leur fils aesné à leurs enffanz juveigneurs s'ilz sont nobles » (1).

La même règle est formulée dans une donation faite par Jean V à son frère Richard en 1420 :

« Nonobstant que par la coustume de nostre pays et duché de Bretagne entre les nobles, si du plaisir de l'aisné n'estoit, les puynez n'ayent ne doivent prendre aucune portion de meubles ni héritages ez successions de père et de mère par héritaige.... » (2).

L'indivisibilité du fief ayant sa raison d'être dans la nécessité d'assurer le service militaire devait exister aussi bien en collatérale qu'en ligne directe ; nous en trouvons la preuve dans ce passage de la Très ancienne coutume relatif au « partement des biens à ceux qui n'ont nul hoir de leur chair » : « Et si le mort était gentilhomme, le hoir principal devrait avoir la eschaite du noble sanz ce que nuls des autres y deussent rien prendre combien que il fust près ou loign du lignage » (3).

(1) *Règles coutumières bret.* dans Viollet. *Etablissements de Saint-Louis.* T. III, p. 225.

(2) D. Lobineau. *Preuves*, col. 944.

(3) *Très ancienne coutume.* Ch. 219. Qu'on ne s'étonne pas de nous voir citer à l'appui de l'assise le texte de la *Très ancienne coutume* qui lui est postérieur de plus d'un siècle : en effet, ce

§ III. — *Aînesse des Filles et Droits des Puînées.*

Nous arrivons à une des particularités les plus remarquables du droit successoral breton : le droit d'aînesse n'était pas un privilège réservé au premier né des mâles, comme dans la plupart des coutumes ; s'il n'y avait que des filles, il appartenait à l'aînée et avec le même caractère absolu qu'entre frères (1).

« In filiabus vero, qui majorem habuerit terram habeat et juniores maritabit de terra ipsa ad consilium domini et propinquorum generis (2). »

Ce texte nous montre que si l'aîné jouissait

coutumier, œuvre purement privée, s'est borné à constater les usages de l'époque et n'a en aucune façon modifié le régime de l'assise.

(1) Ce principe n'a jamais varié dans l'ancien droit breton : il est exprimé en ces termes dans l'art. 547 *de la Coutume de* 1580.

« L'héritier mâle ou les descendants de lui, en quelque âge qu'ils soient, seront préférés pour le droit d'aînesse en toutes successions directes et collatérales aux filles et descendans d'elles. »

(2) Le texte ne prévoit pas l'hypothèse où les filles se trouveraient en concours avec un fils : dans ce cas, le fils aurait les attributs du droit d'aînesse, quel que soit son âge, et ses sœurs seraient traitées de la même façon que si elles se trouvaient en présence d'une sœur aînée (V. Hévin, 107e *Consultation*, 5e observation).

toujours des mêmes prérogatives, quel que fût son sexe, les puînées étaient au contraire dans une situation privilégiée par rapport à leurs frères cadets : elles avaient droit, en effet, à une dot prise sur le terrain même de la seigneurie « de terra ipsa ». Ainsi le fief qui était absolument indivisible entre frères pouvait être morcelé pour constituer un « maritaguim » aux filles; le but était sans doute de leur permettre de se marier sans déchoir de leur situation sociale.

Quant aux cadets, ils pouvaient faire fortune par les armes ou autrement : « La condition des puînés de gouvernement noble, dit d'Argentré (1), est fort fondée sur leur valeur et conquêtes, nos prédécesseurs n'ayant pas eu opinion des puînés qui revenaient souvent à l'hôtel et qui, par faute de valeur, voulaient rentrer au nid d'où ils étaient sortis, non plus que Gédéon de ceux qui se jetèrent sur le ventre à boire en l'eau à mouille museau, mais bien de ceux qui à la soldate en passant preindrent hastivement de l'eau au creux de la main. »

La fille puînée pouvait exiger que son frère lui donnât pour « maritagium » une partie de la seigneurie, ou bien qu'il lui procurât une autre terre

(1) *Avis sur les Partages des Nobles*, question XXXV.

à sa convenance : le tout devait être réglé au mieux des intérêts de chacun :

« Si autem in terra majoris maritagium aliquod accidere contigerit quod juniori placcat, illud habebit : nec alii major conferre poterit dum junior habere velit : quod si habere noluerit et alibi invenerit, major frater ei de rebus et catallis suis dando perquirat pro posse suo cum consilio propinquorum amicorum. »

Ce paragraphe de l'assise a été l'objet de maintes erreurs de la part des meilleurs commentateurs : elles dérivaient de ce que le mot « maritagium » était pris par eux dans le sens de mariage ou d'union des personnes alors qu'il signifie manifestement une dot (1).

Une autre différence notable entre le droit des filles et celui des garçons apparaît dans ce fait que le père pouvait avantager sa fille ou la marier à moindre part sans que sa décision pût être l'objet d'aucune réclamation lors du règlement de la succession.

C'est ce que nous apprend la très ancienne coutume, en ces termes : « Le père qui est gentil homme et de noble sang pout marier ses filles et les apparagier et ce que il leur donra son principal hoir ne le pout débatre, si le père ne le grevoit

(1) V. l'Etude de M. Planiol, sur l'*Assise*, p. 60.

en oultre sa testée si comme tout le fié estoit partable. Et aussi se il leur donnait moins que leur droit n'en devraient-elles plus avoir, pour tant que elles fussent suffisaument apparagiées » (1).

Nous croyons avec Hévin (2) que le motif de la faculté accordée au père de marier sa fille « à plus grande part et jusques à la rendre égale à l'ainée » était de lui permettre de contracter une puissante alliance afin de relever l'éclat de la famille.

Le droit du père d'avantager sa fille n'avait d'autre limite que la part successorale de l'aîné, celui-ci ne pouvait en effet se trouver dans une situation inférieure à celle de sa sœur. En sens inverse, la fille pouvait être mariée à moindre part, mais on ne pouvait réduire sa dot à un « chapel de roses » comme dans certaines coutumes (3) ; elle devait être suffisamment apparagiée, c'est-à-dire mariée selon sa condition.

§ IV. — *Dispositions secondaires*

Telles étaient les dispositions essentielles de l'assise ; elle contenait en outre deux décisions sur des points secondaires : la première était relative

(1) *Très ancienne coutume*, chap. 211.

(2) *Arrêts du Parlement*, p. 861.

(3) V. *Coutume de Loudunois*, au titre de succession de fiefs, art. 26, et celle de Touraine, art. 284.

au cas où l'aîné viendrait à mourir laissant des enfants mineurs : il fallait alors pourvoir au bail ou à la garde de ces enfants.

Le frère cadet, s'il y en a, se trouve naturellement désigné pour remplir ce rôle, car il a intérêt à bien administrer un patrimoine qui peut lui échoir par la suite : s'il fait défaut, c'est au « de cujus » qu'il appartient de désigner le baillistre, mais son choix est soumis à l'approbation du suzerain.

« Item si terra majoris devenerit in balliam, frater major post eum balliam habebit : quod si fratrem non habuerit, ille de amicis balliam habeat cui decedens cum assensu domini eam voluerit commendare. »

Hévin nous apprend qu' « il était difficile de satisfaire là-dessus le seigneur qui rejetait celui auquel appartenait naturellement la tutelle comme plus proche, prétextant ou qu'il était d'un party contraire au sien et qu'il y avait du péril de le laisser entrer dans le château de son vassal, ou qu'il n'était pas assez brave de sa personne. »

Pour trancher le différend, les ducs prirent l'habitude de s'approprier le bail ou de le confier à l'un de leurs favoris et les barons suivirent cet exemple pour la garde de leurs vassaux : c'était en effet une charge très lucrative, car le baillistre avait la jouissance de tous les biens des mineurs

sous la seule obligation de subvenir à leur entretien et à leur éducation (1).

Ces tuteurs ne portant aucun intérêt à leurs pupilles avec lesquels ils n'avaient aucun lien de parenté ne tardèrent pas à abuser de la situation en s'appropriant tous leurs revenus et en les laissant manquer du nécessaire.

Pour remédier à cette situation, Jean Ier dit le Roux, convoqua une assise, en 1275, et il fut décidé que désormais le duc aurait toujours droit à une année de revenus, l'héritier fût-il majeur, et que, moyennant cette redevance, il ne pourrait s'opposer au choix du baillistre ; cette réforme est connue sous le nom de « lettres de mutation du bail en rachat. »

La dernière disposition de l'assise visait un cas particulier : celui où un frère cadet ayant reçu de

(1) Cet usage n'était cependant pas uniquement inspiré par l'appât des biens des mineurs. Hévin lui-même reconnaît que « lorsque l'héritier qui devait succéder au fief était incapable par la faiblesse de son âge d'acquitter le service, le prince avait juste cause de le mettre en sa main jusqu'à ce que l'héritier fût en âge de luy faire la foy et le servir... ayant grand intérêt dans ces temps de guerres privées que les forteresses, châteaux et terres de ses sujets ne fussent pas dans des mains faibles par deffaut d'âge ou suspectes par le deffaut de foy ; et tant plus les fiefs étaient grands et les seigneuries relevées, tant plus le droit de Bail y était indispensable. » *Consultation*, XI, p. 45.

son aîné une terre viendrait à mourir sans héritier; à qui devait revenir ce bien ?

Voici la réponse : « Si major juniori terram derit de qua eum in hominum recipiat et sine herede obierit, alicui de propinquis suis cui voluerit eam dabit, ita quod ad principalem dominum non redeat. Si autem non receperit eum in hominem ad majorem fratrem hereditas revertetur ».

Mais une première question se pose : comment l'aîné pouvait-il donner un fief ou un démembrement de fief à son frère ? C'est que l'interdiction du partage des seigneuries s'appliquait exclusivement aux successions et restait possible par alinéations entre vifs (1). D'ailleurs il pouvait s'agir d'une terre indépendante de la Baronie ou Chevalerie.

Ce premier point éclairci, examinons la solution que l'assise donne à la question.

Elle distingue deux hypothèses : si l'aîné en baillant une terre à son puîné se fait rendre hommage par lui, celui-ci en a la pleine disposition et peut la laisser à qui il veut ; s'il n'en dispose pas, elle reviendra au seigneur de ligence. Si, au contraire, le puîné n'a pas rendu hommage à l'aîné à raison de cette terre, elle reviendra à ce

(1) V. Hévin, *Consult*. C VII, 6e observat.

dernier au décès du possesseur que nous supposons sans enfants.

Cette distinction paraît au premier abord bien bizarre et Hévin lui-même s'étonnait « que l'on attribuât tant de force à l'inféodation que l'aîné faisait à son puîné qu'elle abolît le droit du sang et l'ordre naturel des successions », mais il n'en fournit aucune explication. On a reconnu depuis (1) qu'il y avait là purement et simplement une application du principe de droit anglo-normand d'après lequel les qualités de seigneur féodal et d'héritier présomptif d'une même terre étaient incompatibles : « Generaliter verum est secundum jus regni, quod nemo ejusdem tenementi simul potest esse heres et dominus (2). »

Cette incompatibilité avait été établie afin d'empêcher les terres des puînés de passer au rang d'arrière-fiefs ; elle ne tarda pas à être considérée comme trop rigoureuse pour l'aîné et fut abrogée par l'assise de Jean le Roux (3).

(1) V. Planiol, *l'Assise au Cte G.* p. 66 et Glasson, *le Droit successoral au Moyen-âge*, p. 35.

(2) Glanville, LVII, chap. I, p. 466.

(3) « Et voulons encore, en tant comme à nous et à noz hoirs appartient, que si aucun des aisnez prant son juvaignour à homme et iceli jouvaignour meurt sans hoir de son propre corps, que par l'Assise au comte Geffroy ne remaigne pas que la terre ne tournège à l'aisné ou à l'hoir de l'aisné, sauf l'ordonance resnable au jouvaignour. »

Avant de quitter les biens d'Assise, nous devons nous demander comment les choses se passaient dans l'hypothèse où une même succession renfermerait plusieurs fiefs de cette qualité. La question ne paraît pas avoir préoccupé Geffroy, et le pacte de 1185 s'exprime toujours comme s'il n'y avait qu'une terre unique.

Ce silence ne laisse pas que d'être fort embarrassant : d'une part en effet, le principe de l'indivisibilité ne s'opposait en aucune façon à ce que chacun des enfants fut pourvu d'un fief jusqu'à concurrence du nombre des terres distinctes réunies dans le même patrimoine, et telle était la règle usitée en Normandie. D'autre part, les puînés semblent, par le texte même de l'Assise, avoir été privés en tout état de cause de la qualité d'héritiers et réduits à demander pourvéance à leurs frères. On peut, de plus, invoquer en ce sens le texte de l'arrêt de Conflans : « Quando sunt plures fratres, primogenitus, in omnibus feudis, quantumcumque magnis et nobilibus.... ut heres proprietarius succedit (1). »

Nous croyons donc qu'en pareil cas l'ensemble de la succession était attribué à l'aîné, mais il lui était loisible d'adoucir la rigueur de cette règle en concédant quelques fiefs à ses frères et, si nous en

V. *suprà*, p. 50, note 2.

croyons Hévin, il usait fréquemment de cette faculté : « L'aîné, dit-il, est authorisé par l'Assise à bailler en propriété une terre au puîné et j'ai remarqué que dans toutes les familles illustres, tant depuis l'Assise qu'au temps précédant, les puînés mâles ont presque toujours été partagés en propriété en leur baillant des fiefs et terres indépendantes ; on en trouvera des exemples dans toutes les grandes maisons de la province, mais c'estait sans démembrer la seigneurie, et on voit même des seigneuries considérables baillées en partage aux puînés (1). »

Tel est le régime successoral introduit par Geffroy pour les baronnies et les fiefs de chevaliers ; nous verrons plus tard que s'il subsista dans ses grandes lignes jusqu'à la veille de la Révolution, son champ d'application fut notablement restreint.

Nous allons maintenant rechercher quelle était la règle applicable aux biens non visés par l'Assise et dans quelle mesure le droit d'aînesse y était admis.

(1) Ce texte est trop restrictif : l'aîné pouvait, en effet, donner à ses puînés non-seulement un fief indépendant mais même un démembrement de sa terre. (V. *suprà*, p. 53, et Planiol. *Assise de Geffroy*, p. 57.)

Section II. — *Biens non visés par l'assise*

La seule règle que l'on puisse poser, croyons-nous, relativement à la dévolution, à la fin du XIIe siècle, des terres non soumises à l'Assise, est celle du partage égal formulée en ces termes par la très ancienne coutume :

« Et toutes autres qui ne se gouvernent selon l'assise au comte Geffroy sont parties testée à testée (1). »

C'est l'opinion de d'Argentré : « Tous autres nobles qui, par privilège ou par prescription n'avaient pas reçu l'Assise demeurèrent aux termes du droit commun, c'est-à-dire teste à teste et d'égalité sans prélation ou précipu quelconque (2). »

Cette thèse est confirmée par un titre de 1210, publié par M. de Blois, et qui parle d'un partage égal entre deux frères : « partem meam medietatem scilicet. » Ajoutons enfin une dernière preuve que nous fournit l'arrêt de 1580 rendu après cinquante ans de plaidoirie pour régler la succession du sieur Guibé mort sous l'observance de la très ancienne coutume. On convenait qu'il était chevalier et possesseur de fiefs d'assise, mais la

(1) Chap. 208.

(2) *Avis sur les part. des nobles*. IVe proposit.

possession du gouvernement noble faisant défaut, le Parlement ordonna le partage égal (1).

Ces exemples venant corroborer les affirmations de la très ancienne Coutume et de d'Argentré nous paraissant établir l'exactitude de notre assertion.

Il faut cependant noter quelques dérogations au principe d'égalité : tout d'abord, quelques usances particulières en vigueur à cette époque consacraient : les unes le droit de juveignerie, les autres un privilège de masculinité ou même d'aînesse ; nous en parlerons avec plus de détails à la fin de cette étude.

D'autre part, il semble bien résulter du texte même de l'Assise que toute succession comprenant une terre indivisible était attribué en totalité à l'aîné : Les arguments (3) que nous avons fait valoir en ce sens pour le cas où plusieurs fiefs indivisibles seraient réunis en une seule main s'appliquent aussi dans l'hypothèse où une succession comprendrait par exemple une baronie, et des terres indépendantes non visées par l'assise comme des fiefs d'écuyer.

Relativement aux meubles, tout doute est écarté

(1) Hévin. *Consult.*, p. 533.

(2) V. *Supra*, p. 63.

par le passage suivant de la très ancienne coutume : « Et pour ce ne paieront les juveignours nulles des dettes au père ni à la mère, ne prendront riens ès moubles » (Chap. 208).

Il faut donc admettre d'une façon générale que les biens divisibles par leur nature, compris dans la succession d'un possesseur de baronie ou de fief de chevalier, participaient à l'indivisibilité de la terre dont ils constituaient en quelque sorte l'accessoire et étaient attribués intégralement à l'aîné.

CHAPITRE III

Modifications au régime de l'Assise.

§ I. — *Réformes attribuées à Jean II.*

Nous avons déjà fait pressentir que le régime successoral introduit par Geffroy subit sous le règne de ses successeurs des modifications profondes qui furent autant d'atteintes portées au droit d'aînesse et aboutirent à une diminution notable des prérogatives qui y étaient attachées. Ces changements furent, le plus souvent du moins la conséquence de la transformation des mœurs et des idées; ils s'introduisirent peu à peu et ne constituèrent à l'origine que des applications extensives bien qu'un peu forcées du texte de l'Assise, puis, s'aggravant avec le temps, ils finirent par changer de caractère et devenir de véritables dérogations.

La première évolution qui s'offre à notre étude est celle qui aboutit à transformer complètement la situation dss frères puînés :

On se souvient que d'après l'Assise ils étaient réduits à une pension viagère qui devait leur être servie par l'aîné et dont le montant était même, d'après certains auteurs, abandonné à la discrétion de ce dernier. Cette situation si précaire donnait lieu à de fréquentes réclamations. Cédant aux importunités de leurs cadets, les aînés prirent peu à peu l'habitude de leur faire une concession : au lieu de verser simplement une somme d'argent comme c'était leur droit, ils abandonnèrent en usufruit une portion de leur fief ; c'est ce qu'on appela le « partage à viage. »

C'était là une véritable dérogation au régime primitif et cependant elle a échappé à plusieurs commentateurs : Hévin, notamment, semble en maints passages (1) considérer ce mode de partage comme l'application normale de l'Assise. D'Argentré a cependant remarqué ce changement (2) qui est exposé avec grande clarté dans le passage suivant d'un manuscrit du xve siècle : « Notandum que les moltz de l'Assise estant que les jouveigneurs et puisnez n'eussent que provision, mais le duc Jehan volut et ordonna qu'ils eussent advenante portion à viage. » (3).

(1) Par exemple Hévin sur *Frain*, p. 514.

(2) *Cout. de Bret.* col. 1969.

(3) Bibliothèque nationale. *Fonds francais*, n° 1936.

Toutefois, il n'en fut pas ainsi dans toutes les familles d'assise : quelques-unes, en effet, continuèrent à appliquer dans toute sa rigueur le principe de l'indivisibilité, nous en trouvons la preuve dans les réclamations élevées par elles lorsqu'on voulut en 1539 et en 1580 leur imposer le partage à viage (1).

D'Argentré et Hévin affirment que cette innovation fut introduite par l'ordonnance de Jean II de 1301 (2) ; ce texte a occupé tous les commentateurs sans qu'aucun d'eux en ait jamais pu con-

(1) V. *Infra*, p. 80 et 92.

(2) V. d'Argentré, *avis sur les part. des nobles*, col. 2167 et Hévin sur *Frain*, p. 557. D'accord sur ce point, ces deux auteurs se séparaient sur la question de savoir si la part accordée aux puînés leur était abandonnée « à viage » ou « par héritage. »

Voici quelle était la solution d'Hévin :

« M. d'Argentré demande si cette détermination du tiers expliquée par le duc Jean II était en propriété ou par usufruit et dit que le texte ne le décide pas ; l'anonyme sur l'art. 209 de la très ancienne coutume dit que c'estoit en propriété et que cependant on pratiquait le contraire. Il me semble qu'il faut distinguer suivant le texte même ; sçavoir que ce qui se baillait aux puînez en fiefs entérins ou entiers et indépendants était en propriété puisque les puînez étaient chargez d'en faire la foy au seigneur lige ; et que ce qui estoit baillé par démembrement de la seigneurie n'estoit qu'à viage, puisque les puînez n'en faisaient point la foy et hommage et estoient garantis de la faire par l'aisné, ce qui est conforme au texte et à l'esprit de l'Assise. » (Hévin sur *Frain*, p. 557.)

naître la teneur. En effet, tous se sont attachés à un document apocryphe dont nous trouvons la première trace dans la note de l'anonyme sous l'article 209 de la très ancienne coutume :

« Nota que par constitution de Jean II de 1301 les puînés et juveigneurs ont le tiers. Quelle constitution est en plusieurs livres et coutumes en Bretagne, les autres n'en ont rien. Maître B. Macé trouva ladite constitution faisant la réformation et est par héritage et néanmoins est tous les jours prâtiquée au contraire. »

D'Argentre en écrivant son « avis sur les partages des nobles » nous apprend qu'elle était perdue ; il la retrouva plus tard « aux livres anciens ».

Hévin en possédait quatre exemplaires (1) ; le premier, il s'aperçut de l'analogie frappante qui existait entre le texte découvert par B. Macé et les établissement de Saint-Louis.

L'analogie est telle qu'il est impossible de voir actuellement dans ce fragment autre chose qu'une série d'articles empruntés aux coutumes d'Anjou du XIII[e] siècle (2) ; toutefois l'erreur de B. Macé et de tous ceux qui ont accepté sa prétendue découverte, s'explique, car le texte commence par résumer dans son premier article une ordonnance de Jean II en date de 1301.

(1) *Consultations* p. 172.

(2) V. Viollet. *Etablissements de Saint-Louis*, T. III, p. 188.

Malgré l'erreur manifeste dans laquelle sont tombés les commentateurs, il est certain que le texte en question exprimait les règles en vigueur à cette époque, sans quoi on ne concevrait pas l'emprunt fait aux Etablissements de Saint-Louis. Il s'explique, au contraire, fort bien par ce fait que la règle étant devenue la même en Bretagne et en Anjou, il était tout simple d'emprunter la formule en usage dans ce dernier pays.

Quelques auteurs ont émis l'opinion que cette ordonnance de Jean II égarée depuis si longtemps et dont toute trace semble complètement perdue n'aurait jamais existé (1). Nous ne croyons pas devoir partager ce sentiment ; nous possédons, en effet, un texte qui établit d'une façon claire et positive l'existence de la fameuse ordonnance, c'est le passage suivant du chapitre 209 de la très ancienne coutume :

« Et il est entendu que les juveigneurs n'auront en plus que les mots de l'assise, si n'est tant comme le duc Jehan, père du duc Arthur la corrigea. »

Pour combattre l'argument tiré de ce texte, on a supposé que la découverte de B. Macé était antérieure à la très ancienne coutume qui n'aurait fait dès lors que propager son erreur (2).

(1) V. L'*Etude sur l'Assise* de M. Planiol, p. 79.

(2) L'erreur de B. Macé s'expliquerait ainsi :

Mais on est maintenant d'accord pour fixer la rédaction de la très ancienne coutume entre les années 1312 et 1325 (1) ; or, la réforme de Jean II se place nécessairement entre 1286 et 1305 dates de l'avènement et de la mort de ce prince. Les auteurs de la très ancienne coutume étaient donc les contemporains de Jean II, comment admettre dès lors qu'ils aient pu se tromper relativement à un texte qui devait se trouver gravé dans toutes les mémoires et qu'il eût sans doute été impossible de falsifier et encore plus de supposer sans s'exposer à de nombreuses protestations.

D'ailleurs, la très ancienne coutume parle de cette réforme comme d'une mesure que tout le

Il aurait eu sous les yeux un document où il était question des modifications apportées à l'Assise par Jean Ier, mais, sans doute par suite d'une erreur de copiste, il se serait cru en présence d'une ordonnance de Jean II. Rappelons, en effet, que l'Assise de 1275 portait une double atteinte au régime introduit par Geffroy : d'une part, elle supprimait le droit de veto ou de contredit que le suzerain pouvait opposer au choix du baillistre : « et est assavoir que cil qui mourra puet lesser la garde de ses enffanz et de ses biens à celui qui li plaira sans contredit que nous ne noz hoirs y puissions mettre ; » de l'autre, elle mettait à néant l'ancienne incompatibilité entre les deux qualités d'héritier présomptif et de seigneur féodal (V. *Supra* p. 60 et 62).

(1) V. la *Nouvelle édit. de la T. A. C.*, par M. Planiol, p. 7. Cette date se rapproche beaucoup de celle qu'avait fixée Hévin, *Consult.*, p. 532.

monde connaît et dont il est inutile de rapporter la teneur ou même le sens général.

Nous croyons donc, sous toutes les réserves qu'impose un point historique aussi obscur, devoir admettre que Jean II a vraiment rendu une ordonnance modifiant la règle successorale introduite par Geffroy, sans toutefois pouvoir préciser davantage et en indiquer la portée.

Mais, objectera-t-on, comment cette modification que tous les auteurs bretons considèrent comme effective n'a-t-elle laissé aucune trace?

C'est là une question difficile à résoudre; peut-être cependant pourrait-on admettre que Jean II a, par son ordonnance, non pas introduit, mais consacré légalement le partage à viage qui était certainement pratiqué, dans certaines familles du moins, bien avant le règne de ce prince (1). Il était en effet très fréquent à cette époque de voir une institution s'introduire peu à peu par l'usage et recevoir ensuite une reconnaissance officielle; c'est ainsi, nous croyons l'avoir prouvé, que s'établit le droit d'aînesse.

Nous devons mentionner ici une autre modification apportée au régime primitif de l'Assise; son importance nous paraît avoir été bien exagérée

(1) V. D. Lobineau, Preuves, col. 1645; et D. Morice, Preuves, T. I, col. 797, 798, 799.

par les commentateurs, car elle ne portait pas atteinte comme la précédente au principe même de l'indivisibilité des terres : La part des puînés qui était indéterminée à l'origine se précisa et fut fixée au tiers ; on en trouve des exemples bien avant Jean II (1) et il est permis de conjecturer que cet usage fut importé des coutumes voisines de Normandie et d'Anjou, dans lesquelles « avenant bien fait égale un tiers. »

(1) Le plus ancien que nous connaissions est mentionné par Hévin (*Questions sur les fiefs*, p. 402) :

Il s'agit du partage d'Eudon II, comte de Porhoët, qui avait opiné à l'Assise (1204) :

« L'aînée, mariée au baron de Fougères, eut les deux tiers et les deux puînées le tiers consistant dans le château et châtellenie de la Chèze et de la Trinité avec la forêt de Loudéac ; c'est un démembrement de la baronie même... » M. Planiol (*Assise au Cte Geffroy*, p. 50) cite un exemple remontant encore plus haut : il s'agit de la succession de Henri de Fougères, père de Raoul, qui fut l'un des signataires de l'Assise : « Habebit et pacificie tenebit tertiam partem terræ Filgerarium omnibus diebus vitæ suæ... Tenebit dominus Willelmus de Filgeriis tota vita sua et postea ad dominum Gaufridum de Filgeriis revertentur... » (D. Morice, *Preuves* T. I, col. 797 et 798). Toutefois, nous ne croyons pas pouvoir tirer un argument bien sérieux de cette dernière espèce qui, étant le résultat d'une transaction, ne saurait être considérée comme l'expression du droit commun. (V. *Supra*, p. 51.)

§ II. — *La très ancienne Coutume.*

La Bretagne possède sous ce nom un document qui constitue un « tableau pratique du droit breton (1) » au commencement du XIVe siècle; on admet en effet que sa rédaction doit se placer entre les années 1312 et 1325. C'est une œuvre purement privée, due, suivant la tradition, à trois hommes de loi : Mahé le Léal, Copu le Saige et Tréal le Fier. Des travaux récents ont mis en lumière la valeur morale et littéraire de ce recueil qui n'est pas comme la plupart de ses contemporains, un « aride assemblage de décisions juridiques (2). »

« On aurait peine, dit M. Planiol (3), à trouver dans toute la littérature du temps un autre livre qui ait parlé en termes aussi élevés du rôle social de la justice, des devoirs des seigneurs justiciers et de leurs officiers (4). »

(1) V. Planiol. *La très ancienne Coutume de Bretagne.*

(2) *Ibidem.*

(3) *Ibidem.*

(4) Citons entre mille ce passage extrait du chapitre 334 sous la rubrique : « Pour quoy justice fut establie. »

« Justice fut establie pour cherité, quar si justice n'estoit, les menuz giens ne auraient de quoy vivre, quar les granz genz et les puissanz leur ostassent le lour et ce qu'ils eussent gaingnié,

Ce coutumier sans aucun caractère officiel n'a pu que constater le droit de l'époque : on y chercherait donc en vain des modifications au régime successoral en vigueur. D'Argentré à cru cependant en trouver une et l'a signalée en ces termes :

« L'ancienne coustume escrite longtemps après ladite assise mit en la faculté des nobles n'ayants qualité de baron ny de chevalier d'introduire ladite assise en leur maison du consentement d'aisnez et de puisnez, et *cela outre* le texte de l'Assise (1). »

Voici la cause de son erreur : n'ayant entre les mains que des textes corrompus du pacte de 1185, il n'y avait pas trouvé mention du serment que devaient prêter l'aîné et les juveigneurs (2). D'où il concluait que la jurée de l'Assise dont parle le chapitre 209 de la très ancienne coutume était une

et n'en fust que guerres et contempz, et pour ce ne demourassent les biens à être faiz et gaingniez, et ainsi le pouple ne eust de quoy vivre. Et pour ce doit être faicte justice rigoureusement, espiciaument toute execucion là où elle doit être faicte rigoureusement, et n'y doict poinct de soutenance, ne de favour, haine ne convoitise, ainczois doit estre léal et droite plusque le cordel quand il est tendu, si plus droite ne pout être, sanz cliver nulle part. »

(1) *Avis sur le Partage des Nobles*. Col. 2189.

(2) Il suffit pour s'en convaincre de se référer au texte de l'*Assise* publié par d'Argentré dans son *Avis sur les Partages des Nobles*. Col. 2165 et 2166.

innovation introduite en vue de permettre à la petite noblesse de se gouverner en ses partages comme les barons.

Disons toutefois, à la décharge du célèbre jurisconsulte, que la très ancienne coutume ayant été jusqu'au XVI[e] siècle le seul recueil écrit contenant les usages de la Bretagne, elle avait pris en fait l'autorité d'une œuvre officielle : les ducs la citaient dans leurs ordonnances et lorsqu'en 1539, il fut question de rédiger un texte légal, les commissaires se conformèrent scrupuleusement aux prescriptions du vieux coutumier, dont ils se bornèrent à rajeunir le style.

§ III. — *Rédaction officielle de 1539*

Les magistrats envoyés par le roi, après la réunion de la Bretagne à la couronne, pour tenir son Parlement se plaignirent de l'obscurité du texte de la très ancienne coutume, et demandèrent une nouvelle rédaction. Une commission fut nommée dans ce but : son rôle se borna à supprimer certaines dispositions tombées en désuétude et à extraire les autres de « l'horrible chaos » où elles étaient : de ses travaux résulta, en 1539, la première rédaction officielle, traduction fidèle de l'œuvre du XIV[e] siècle.

D'Argentré nous apprend que ce travail ne se fit pas sans difficulté, bien des controverses s'étant élevées sur certains passages de l'Assise; les réformateurs s'efforcèrent de mettre tout le monde d'accord en copiant textuellement les passages sur lesquels s'élevaient les discussions les plus vives :

« Pour conclure, se voyant au bout de leur entendement, ils s'advisèrent d'une addresse plus nécessaire que ingénieuse. Car à la coutume des escoliers peu asseurés de leur latin, ils transcrivirent les mêmes mots sans changer chose quelconque... disans en eux-mèmes personne n'aura matière de nous arguer de faute, « Nec enim addidimus nec minuimus ex eo quidqua » s'en serve qui en aura affaire comme il pourra (1). »

Il faut toutefois noter dans l'article 563 une disposition qui n'existait pas dans la coutume primitive :

« En succession noble qui anciennement a été gouvernée et partagée noblement comme dessus tous les juveigneurs auront seulement la tierce partie aux héritages nobles de ladite succession : c'est à sçavoir les masles à viage et les filles par héritage : fors et excepté les comtes et barons

(1) *Avis sur les part. des nobles*, col. 2152.

qui se traiteront en leurs partages comme ils ont fait par le passé. »

Désormais donc, les biens nobles sont divisés en deux catégories : ceux des barons et des comtes restent soumis à l'Assise, les autres appartenant à des seigneurs dont le rang est moins élevé dans la hiérarchie féodale se divisent entre l'aîné et les puînés dans la proportion des deux tiers au tiers, et ce tiers à viage seulement pour les mâles (1). Cette distinction est évidemment fondée sur l'état de choses qui se pratiquait à cette époque, car le commentaire de d'Argentré laisse voir bien clairement que les rédacteurs n'ont apporté aucune innovation ; d'ailleurs, s'ils l'avaient tenté, les réclamations eussent été innombrables, tandis que cette disposition n'en amena qu'une à notre connaissance, à laquelle, d'ailleurs, ils s'empressérent d'obtempérer.

Le seigneur de Maure déclara : « qu'il n'entendait être comprins audit article, parce que luy et autres bannerets dudit pays et leurs prédécesseurs avaient accoustumé de toute ancienneté de partager par les ainés leurs juveigneurs, tant fils que

(1) Cette distinction devait, dans la pratique, être beaucoup moins rigoureuse que le texte de l'article 563 ne pourrait le faire croire ; nous savons, en effet, que dès avant le XIIIe siècle certain nombre de barons et de chevaliers avaient admis le partage à viage. (V. *suprà*, p. 74.)

filles, compétentement, à leur volonté et discrétion, sans tenir ne garder ladite forme de partage, nous requérant déclarer ledit article non préjudiciable à lui et à ses droits et possessions, et rapporter sa dite protestation en ce présent nostre procès-verbal, ce que luy octroyasmes et accordasmes (1). »

Sur un autre point encore, on peut relever une modification, mais elle est plus apparente que réelle : les réformateurs évitèrent de parler de l'Assise, et on supprima partout où le cahier préparatoire les avait conservés les mots « ès-fiefs qui se gouvernent selon l'Assise au comte Geffroy. » D'après le procès-verbal (2), cette suppression eut lieu parce que « lesdits mots n'éstoient bien entendus audit pays et engendraient plusieurs procès. » De l'avis des gens des états, on y substitua la formule suivante : « ès-fiefs nobles qui se sont gouvernés noblement le temps passé et ont été partagés noblement. »

En somme, dans toute cette période, nous ne trouvons pas d'atteinte sérieuse portée au régime primitif, et il reste debout dans ses grandes lignes jusqu'à la réformation de 1580 qui lui porta des coups bien autrement redoutables.

(1) *Coutumier gén.* de Bourdot de Richebourg. T. IV, p. 354.
(2) Bourdot de Richebourg. T. IV, p. 354.

CHAPITRE IV

Modifications au régime des biens non d'Assise

Nous savons qu'au XIIe siècle, ces biens étaient soumis à la règle du partage égal, mais ce principe ne tarda pas à subir de sérieuses atteintes.

Et tout d'abord, une remarque s'impose : il semble bien qu'au moment où l'Assise fut rédigée la noblesse était limitée aux seuls barons et cheliers ; en effet, les biens nobles étaient caractérisés par ce fait qu'ils étaient indivisibles, et la très ancienne coutune dans son chap 209 qui leur est consacré ne parle absolument que des fiefs d'assise. Il en résulte que la catégorie de biens dont nous nous occupons ne comprenait alors aucune terre noble. D'autre part, il existait incontestablement au XVIe siècle des terres nobles non soumises à la règle de Geffroy ; nous n'en voulons d'autre preuve que la quatrième proposition de d'Argentré dans laquelle il se demande à quelle règle doivent obéir ces biens dont le propriétaire n'a pas reçu l'Assise (1).

(1) V. *Supra* p. 65.

Nous croyons trouver l'explication de ce changement dans un double phénomène :

D'une part, parmi les barons et chevaliers, quelques-uns refusèrent de se soumettre à l'assise en prêtant le serment qui leur était demandé. Comme la « jurée » devait se reproduire à chaque génération, il a pu se constituer ainsi toute une catégorie de nobles qui s'étaient volontairement soustraits au droit commun de leur condition sociale. C'est, nous semble-t-il, la seule façon dont on puisse expliquer que des possesseurs de chevaleries se soient trouvés exclus du droit de se gouverner conformément à l'Assise (1).

D'autre part, mais ce n'est là qu'une conjecture, on arriva, croyons-nous, à considérer comme nobles des services et des terres qui primitivement n'avaient pas ce caractère (2) il en fut ainsi en particulier pour les sergents féodés et les écuyers dont le caractère noble ne saurait être mis en doute au XVIe siècle. Les sergents féodés étaient des agents qui assuraient la perception des impôts en faisaient les « semonces » au nom du duc. Le trésor du souverain n'étant pas toujours très bien garni, il aurait été quelquefois embar-

(1) Hévin nous en donne un exemple dans ses *Arrêts du Parlement de Bretagne* p. 542.

(2) V. en ce sens Planiol ; *l'Assise au Cte G.* n° 36.

rassé pour payer ces services en argent comptant ; il préférait concéder en gage une terre dont les revenus devaient tenir lieu de traitement (1).

Ces situations de sergents féodés n'entraînaient aucune dérogeance ; Dom Lobineau nous dit que « c'étaient des charges honorables attachées à de certaines terres et toutes possédées par des gentilshommes (2). » Toutefois, Hévin ne partage pas ce sentiment et affirme que « les sergents féodés étaient originairement de bas officiers et les sergenteries l'emploi de petites personnes (3). »

Peut-être peut-on expliquer ce dissentiment par l'usage que les titulaires introduisirent de retenir le titre et les fonds attribués à la charge et d'en « commettre l'exercice à des gens de néant qui se contentaient de peu de chose (4). »

Quoi qu'il en soit, les sergents féodés ne paraissent pas avoir jamais pris rang parmi les feudataires soumis à l'Assise ; Hévin nous en fourdit la preuve par l'exemple de la sergenterie de Villauran qui fut démembrée par partages ou aliénations en quatre seigneuries distinctes (5).

(1) V. Hévin, quatrième consultation, p. 13.

(2) *Hist. de Bret.* T. I., p. 680.

(3) *Questions sur les fiefs*, p. 275.

(4) *Hist. de Bret.* D. Lob. T. I., p. 853.

(5) *Questions féodales*, p. 279.

Il n'en était pas de même dans les coutumes voisines; on trouve notamment en Normandie une règle tout opposée : Nec feodum lorice, nec serjanteria quae ad dominium ducis pertinet, nec baronia partientur (1). »

Les fiefs d'écuyers n'étaient pas plus que ceux des sergents féodés visés par le texte de l'Assise et ils échappaient complètement à la règle de l'impartibilité; nous en trouvons un indice bien frappant dans le Rolle des Osts du duc de 1294 qui nous montre leur nombre réduit à 17 alors que les fiefs de chevaliers atteignent le chiffre de 166 (2). D'ailleurs les Bénédictins nous en ont conservé une preuve dans la succesion de Hervé Rouaud « armiger » qui avait six fils et dont la terre était selon toute probabilité un fief d'écuyer; le titre nous montre cette seigneurie partagée entre les enfants, mais l'aîné obtient une part avantageuse (3).

Quelles que soient les causes de cette transformation, il est certain que dès avant le xvie siècle l'application de l'Assise s'était réduite à une faible partie des terres nobles; dès lors, pour résoudre la question qui fait l'objet de ce chapitre, nous

(1) *Très ancien coutumier*, chap. VIII n° 5.

(2) V. *Supra*, p. 43.

(3) *Hist. de Bret.* D. Morice, tome I, col. 1019.

devons faire une distinction et nous demander : d'une part comment étaient dévolus les biens roturiers, et de l'autre ces biens nobles non soumis à la règle de l'indivisibilité.

Sur le premier point, aucune difficulté ne s'élève : la règle du partage égal continue à être en vigueur.

La deuxième question, au contraire, est une de celles qui ont le plus occupé les commentateurs ; elle a amené un dissentiment profond entre d'Argentré et Hévin.

Le sénéchal de Rennes soutenait en effet qu'à l'époque même où il vivait, il n'existait que deux espèces de partages : le « noble » qu'on appelait aussi « avantageux » et le roturier (1). Hévin, à son tour, nous apprend que cette théorie était contraire à l'usage courant et que « la réformation contre les usurpateurs de noblesse qui se fit en l'an 1668 et suivants fit mettre au jour tant de partages d'une espèce moyenne entre nobles dans lesquels pour symbole de la qualité on donnait à l'aîné un précipu contenant la maison principale et quelquefois une quatrième, cinquième ou sixième des biens nobles hors part selon l'opulence de la succession et le nombre des enfants,

(1) *Avis sur les part. des nobles*, sixième proposit.

que l'on ne peut douter que l'ancien usage ne fût constamment tel (1). »

D'Argentré était obligé de reconnaître l'existence de ce troisième mode de partage mais il en niait énergiquement la légalité, le déclarait « abusif, ni directement ni indirectement authorisé en coustume ou ordonnance aucune » (2). Et pourtant l'article 209 de la très ancienne coutume le consacre formellement car après avoir parlé des terres soumises à l'Assise, elle ajoute : « et seront les autres fiefs mis en partage comme l'on doit faire d'iceux fiefs et bailler à l'aîné enfant son avantage. »

Il semble donc qu'il y ait un peu de parti pris dans l'attitude de d'Argentré ; Hévin l'explique en ces termes :

« Lorsque feu M. Hévin mon père vint au barreau du Parlement, il y trouva des personnes qui avaient connu M. d'Argentré, et lorsque j'y vins en 1640, il y avait encore d'illustres postulants qui approchaient fort de son temps. J'ay appris d'eux que la tradition estait qu'il avait par là voulu prévenir les esprits en faveur d'un noble son amy dans la famille duquel il ne se trouvait que des partages de cette sorte sans aucun avantage ou précipu pour les ainez » (3).

(1) *Arrêts du Parlement de Bretagne*, p. 565.
(2) *Avis sur les parts des nobles*, cinquième proposit.
(3) *Arrêts du Parlem. de Bret.*, p. 565.

Il serait d'ailleurs singulièrement inconséquent à une époque où les traditions avaient une si grande influence de rejeter comme non fondé sur un texte officiel un usage respectable par son ancienneté.

Nous concluons donc avec Hévin qu'au XVIe siècle les nobles non soumis à l'Assise admettaient en faveur du fils aîné un préciput dont le montant variait avec l'importance de la succession. Il régnait d'ailleurs une si grande confusion dans ce qu'on appelait le droit commun des partages nobles qu'il est impossible de poser une règle plus précise jusqu'à la réformation de 1580 (1). Lorsqu'une succession venait à s'ouvrir, on recherchait comment les biens qui la composaient avaient été dévolus à la génération précédente et on appliquait un règlement analogue.

Si nous nous demandons maintenant sous quelles influences s'est introduit ce « tiers partage, » il nous faut signaler comme la principale la préoccupation chez les nobles de condition inférieure de se distinguer des roturiers et de se rapprocher des seigneurs d'Assise. Cette tendance était encore accrue par le désir de conserver la richesse et l'éclat des familles, désir qui devait faire repousser le vieux principe gallois de l'éga-

(1) V. Laferrière : *Histoire du Droit français*, tom. V, p. 595.

lité dont la conséquence était l'émiettement des fortunes.

Laissons sur ce point la parole à d'Argentré :

« L'avantage de l'aîné, dit-il, (1) est un grand moyen et sûr expédient pour la conservation des maisons et familles en leur entier : lesquelles ne se peuvent mieux perpétuer ou maintenir que par union continuée en sa grandeur et force solide et qui s'en va en dissipation et perd sa force par parcelles et distractions; tout ainsi qu'une source qu'on écoule par petits ruisseaux et canaux et le sang qu'on tire des veines. »

Pour arriver à ce résultat, il n'était pas nécessaire d'établir l'indivisibilité de la terre qui amenait à une trop grande inégalité entre les enfants, il suffirait d'assurer au fils aîné une part plus considérable de la fortune sous forme de préciput.

Le privilège de l'aîné n'était donc plus fondé comme au Moyen-âge sur l'impartibilité de la terre nécessaire pour assurer le service militaire : les deux idées de souveraineté et de propriété s'étaient peu à peu confondues (2) ; le fief n'était plus une association ayant pour chef le seigneur : il était devenu réellement sa propriété, le patrimoine de sa famille.

(1) *Avis sur les part. des nobles,* col. 2,197.

(2) V. Vachier : *Le Droit d'aînesse,* p. 156.

CHAPITRE V

Réformation de 1580

La situation des puînés de gouvernement d'Assise s'était déjà considérablement améliorée, sauf dans les rares familles qui n'avaient admis aucune atténuation au régime primitif : de simples créanciers alimentaires qu'ils étaient, ils avaient acquis la qualité d'usufruitiers du tiers de la succession, mais cette situation leur paraissait encore trop précaire et ils aspiraient avec impatience vers le moment où leur serait reconnu le droit d'hériter en toute propriété d'une portion de la succession paternelle.

Telle était la disposition des esprits en 1580, à la veille de la seconde et définitive réformation (1)

(1) Cette réformation était demandée avec insistance par les Etats de Bretagne pour faire disparaître les erreurs, les lacunes et les dispositions défectueuses de la rédaction de 1539. Ils se plaignaient que « plusieurs articles estans dans ladite coutume peu éclaircis et pour ceste occasion ou autrement mal entendus, il en advenait une infinité de procès et différens, et sur ceux diversitez de jugements et arrests, qui pourrait estre cause avec le temps de troubler et altérer l'estat et repos dudit pays. » (*Procès-verbal des cout. de Bret.* de 1580 dans Bourdot de Richebourg, T. IV, p. 418.)

de la coutume ; nous en trouvons l'aveu sous la plume de d'Argentré dans son commentaire de l'article 456 :

« Si j'ai acquis quelque connaissance des affaires, si j'ai pu tirer quelque profit d'une expérience de tant d'années, ce doit être pour proclamer qu'il est nécessaire de tempérer les rigueurs d'une coutume qui est l'occasion de tant de débats dont nous sommes les témoins et de tant de querelles de famille : c'est pour reconnaître qu'il faut un changement par lequel on donnera aux puînés le tiers par héritage sans aucune distinction entre nobles ; qu'on abolisse ainsi toutes les traditions de l'Assise et toutes ces lois de catégorie funestes ; c'est mon opinion bien que je sois un aîné. »

Toutefois, on n'osa pas aller jusqu'à abroger complètement la législation de Geffroy : c'eût été porter une atteinte trop sensible aux prérogatives des grands seigneurs qui se glorifiaient de s'être toujours gouvernés, eux et leurs prédécesseurs conformément à l'Assise.

Les réformateurs s'efforcèrent de ne pas heurter de front l'obstacle et se bornèrent à réduire considérablement le champ d'application de ce texte célèbre : après avoir, dans l'article 561, établi le droit commun des successions nobles, ils ajoutèrent l'article 562 ainsi conçu : « Et en ce ne

sont compris les anciens comtes et barons qui se traiteront en leurs partages comme ils ont fait par le passé. (1).

Un grand changement résultait de l'introduction de ce mot « anciens » qui ne figurait pas dans le texte de 1539 : désormais, l'application de l'Assise était restreinte aux seuls seigneurs dont les titres remontaient à une époque reculée ; le nombre en était si restreint qu'Hévin (2) ne reconnaissait la qualité de comté qu'à la seigneurie de Penthièvre, les autres ayant toutes été réunies au domaine de la couronne ; quant aux baronnies, il y en avait peut-être quatre ou cinq (3).

De vives protestations ne tardèrent pas à s'élever contre cette restriction du droit d'aînesse (4),

(1) « Hic articulus concordiæ ordinum datus est ne reformationis actus intercessione importuna potentium turbarentur. Nam cœtera nobilitas facile cessit ut secundogenitis triens hæreditatis perpetuo jure tribueretur, id est par héritage ; les barons ne le veulent accorder qu'à viage. C'est tout le différend (d'Argentré, *Aitiologie,* p. 96).

(2) *Cout. de Bret.*, Poullain du Parc, note sur l'art. 562.

(3) V. Planiol, *Assise au Cte G.*, p. 102.

(4) Quelques seigneurs rappelèrent « qu'eux et leurs prédécesseurs seigneurs desdits lieux et d'autres nobles et anciennes seigneuries qu'ils tiennent et possèdent se sont de temps immémorial gouvernez noblement en leurs partages selon l'Assise et ordonnance du Cte Geffroy et coutume ancienne des nobles qui est que l'aîné ait la propriété de toute la succession et les puinés

mais elles ne furent pas écoutées; en 1539, au contraire, on s'était empressé d'accéder à la réclamation du seigneur de Maure : c'est que la première réformation avait été à proprement parler un simple éclaircissement de la vieille coutume devenue inintelligible; en 1580, au contraire, les commissaires avaient reçu le pouvoir de modifier non seulement les termes, mais le fond même de la législation. Les rares seigneurs qui conservèrent ainsi le droit de se gouvrener suivant l'Assise le transmirent à leurs descendants comme un de leurs plus beaux privilèges, et il se maintint de génération en génération jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle.

Tel fut le dernier vestige de cette fameuse Assise de Geffroy qui avait fait la grandeur de tant de maisons illustres et dont l'interprétation avait occasionné de si nombreux procès. Voyons maintenant quelles étaient les règles générales établies par la nouvelle coutume en matière successorale et dans quelle mesure le droit d'aînesse était maintenu en vigueur : La simple inspection du titre XXIII[e] nous montre qu'une grande distinction domine la matière : celles des successions

leur contingente portion par usufruit et à viage seulement et les filles par héritage » (Hévin, 107[e] consultation, 9[e] observation).

nobles et des successions roturières; suivant, en effet, qu'elles rentrent dans l'une ou dans l'autre de ces catégories, les principes à appliquer diffèrent totalement. Il importe donc tout d'abord d'établir d'une façon précise le nœud de cette division, ou en d'autres termes, de déterminer quand une succession est noble et quand elle est roturière.

La réponse à cette question se trouve implicitement contenue dans les articles 541 et suivants, nous ne saurions l'exprimer plus clairement qu'en emprutant la plume d'Hévin :

« Par notre coutume, la première règle générale est qu'en toutes successions directes soit de nobles ou de roturiers, la succession se partage selon la qualité personnelle de celui de la succession duquel il s'agit, noblement s'il est noble, roturièrement s'il est roturier ; d'où il arrive que des personnes nobles peuvent partager roturièrement des biens nobles et des roturiers noblement.

...... La seconde règle générale est qu'en successions collatérales, soit de nobles ou de roturiers, le partage se règle par la qualité personnelle du tronc commun c'est-à-dire de celuy duquel descendent les lignes ou branches des succédans et de celuy « de cujus successione agitur, » lequel étant supposé noble, l'aîné des succédans recueille le noble qui a procédé du tronc commun noble et

prend les deux tiers dans les acquêts nobles et non autrement » (1).

Ainsi donc, une succession est noble ou roturière suivant que le « de cujus » (ou le tronc commun en ligne collatérale) est noble au roturier ; la nature des biens n'a plus comme autrefois une influence prépondérante, mais on s'attache tout d'abord à la qualité des personnes : ce changement est la conséquence naturelle de l'évolution qui a abouti à transformer la noblesse territoriale ou féodale en noblesse héréditaire ou personnelle.

(1) *Consult. sur la coutume*, p. 607.

Cette dernière règle a cependant été contestée et on a soutenu que le mode du partage se réglait non d'après la noblesse ou la roture du tronc commun mais d'après la qualité du décédé et de ses héritiers ; il ne faudrait donc remonter au tronc commun que pour déterminer la parenté et les droits des différentes lignes.

Cette opinion s'appuyait sur l'arrêt de Lescouble rendu le 26 septembre 1724 en grand'chambre au rapport de M. de Coniac, par lequel le partage noble des meubles et des acquêts a été déclaré applicable entre cohéritiers nobles unis entre eux par un tronc commun noble, mais qui ne l'étaient que par un tronc commun roturier au « de cujus. »

Ce même arrêt appliquait le partage égal aux anciens propres venus du tronc commun roturier ; il ne justifiait donc qu'en partie la théorie qu'on prétendait fonder sur lui. (Hévin, *Comment. de la Cout. de Bretagne*, note sur l'art. 544.)

Nous avons adopté le système d'Hévin qui nous paraît seul conciliable avec les textes, et a, en outre, l'avantage d'être d'une grande simplicité.

Section I. — *Successions nobles*

§ I. — *Les puînés deviennent héritiers*

Nous envisageons pour le moment l'hypothèse où la succession noble se compose de biens nobles, nous réservant d'indiquer dans un dernier paragraphe la règle applicable aux biens roturiers qui pourraient s'y rencontrer.

La nouvelle coutume simplifie singulièrement cette matière en établissant un droit commun applicable à tous les biens nobles sans distinction, même aux terres qui jusque-là n'avaient pas été soumises au régime de l'Assise (1).

Des difficultés s'étaient quelquefois élevées pour déterminer la qualité noble ou roturière de certains héritages ; pour prévenir toute contestation à ce sujet, les réformateurs introduisirent l'article 549 ainsi conçu :

« Entre l'aîné et ses puînés faisant leurs partages, les héritages seront réputés nobles, vérifiant l'aîné qu'ils ont été possédés par leurs prédécesseurs ou auteurs noblement par quarante ans précédans la succession échue, sauf aux puînés à vérifier la qualité contraire si bon leur semble. »

(1) V. Planiol, l'*Assise de Geffroy*, p. 97.

Les signes de la possession noble sont énumérés par d'Argentré dans son aitiologie (1) : ce sont l'exemption du fouage et des contributions roturières, la soumission au ban et à l'arrière-ban, les traces de partages nobles antérieurs, le droit de justice attaché à la terre.

Les biens nobles ainsi déterminés, leur dévolution était réglée dans les termes suivants par l'article 541 :

« Les maisons, fiefs, rentes de convenans et domaines congéables nobles et autres terres nobles, soit d'ancien patrimoine ou d'acquêt et les meubles seront partagés noblement entre les nobles qui ont eux et leurs prédécesseurs, dès et paravant les cent ans derniers vécu et se sont comportés noblement. Et aura l'aîné par préciput, en succession de père et de mère et en chacune d'icelles, le château ou principal manoir, avec le pourpris, qui sera le jardin, colombier, et bois de décoration et ou les deux tiers : et l'autre tiers sera baillé aux puînés par héritage tant fils que fille, pour être partagé par l'aîné entre eux par égales portions ; et le tenir chacun desdits puinés, comme juveigneur d'aîné, en parage et ramage dudit aîné. »

La seule lecture de ce texte nous montre les

(1) Note sur l'art. 549.

importantes modifications qu'il apporte au régime antérieur :

La première et la plus importante est l'assimilation complète, au point de vue du droit héréditaire, des puînés et des filles ; le préciput de l'aîné étant mis de côté, tous les biens nobles constituent une seule masse dont les deux tiers sont attribués à l'aîné et le tiers restant est partagé entre les puînés tant fils que filles par héritage.

C'est ainsi que de concession en concession on aboutit (sauf l'étroite exception de l'article 542) à l'abrogation complète de l'ancienne règle de l'impartibilité des fiefs : simples créanciers alimentaires au début, les puînés ne tardèrent pas à devenir usufruitiers, et enfin, propriétaires d'une partie de la seigneurie ; dès lors, il n'y eut plus à proprement parler de système féodal de succession, mais un gouvernement avantageux inspiré par l'idée nobiliaire et le désir de conserver l'éclat des familles. Cependant, même dans la dernière phase de l'évolution, c'est-à-dire après la réformation de 1580, il restait encore dans le régime de droit commun des successions nobles un souvenir de l'assise consacré par l'article 563 :

« L'aîné du noble doit avoir la saisine de toute la descente et succession de quelque chose que ce soit, tant noble que roturière, et doivent les héri-

tages ensuivre la personne quant à la saisine et ne doit l'hoir répondre dessaisi (1). »

Le droit héréditaire de l'aîné restait donc plus fort que celui des cadets : seul il était investi de plein droit et par le fait du décès du père de l'ensemble du patrimoine : tel était d'ailleurs le droit commun de la France coutumière (2). C'était à lui que les cadets devaient s'adresser pour être mis en possession de leur part héréditaire, et il pouvait la leur bailler en tel lieu que bon leur semblait (art. 550), toutefois il ne lui était pas permis de la morceler outre mesure ; l'art. 551 ne lui accorde la faculté que d'un seul « tressaut », c'est à dire de créer une seule enclave dans chaque lot (3).

(1) La coutume, dit Hévin, donne à l'aîné noble l'entière possession, de sorte qu'aucun autre ne peut intenter l'interdit possessoire soit contre lui, soit contre un étranger, toute la possession résidant solidairement en sa personne, et quoique les puînés puissent dire avoir la saisine de droit de la portion qui leur compète, cependant ils ne peuvent se mettre en possession d'aucune partie des biens sans s'exposer à l'effet de la complainte de l'aîné que l'on peut comparer à l'héritier universel du droit romain vers lequel on n'a que l'action pour la légitime.

(2) Otton de Frésinge nous le dit clairement en parlant de la Bourgogne : « Mos in illa (qui pene in omnibus Galliæ provinciis servatur) remansit, quod semper seniori fratri ejusque liberis seu maribus seu fœminis paternæ hereditatis cedat authoritas, cœteris ad illum tanquam ad dominum respicientibus. » (*De gestis Frederici*, liv. II, cap. 29.)

(3) Tel est le sens du mot « tressaut » si nous en croyons

La qualité d'héritiers accordée aux puînés par la nouvelle coutume entraîne deux conséquences qui modifient profondément l'état de choses antérieur :

1) Désormais ils ont droit à une portion des meubles qui auparavant étaient partagés entre l'aîné et les filles, seuls héritiers (1).

(2) Ils contribuent aux dettes de la succession proportionnellement à la part de l'actif qui leur échoit ; l'ancienne coutume, au contraire, édictait très logiquement la règle opposée, dans l'article 547 :

« Les juveigneurs doivent avoir leur portion quitte et délivre et hors de tout encombrement et ne payeront aucune chose des dettes de leur père ou mère pour ce qu'ils ne prendront rien aux meubles s'il ne leur en est donné. »

Les dettes se partagent donc entre l'aîné et les

Hévin : après avoir donné l'étymologie de cette expression archaïque qui vient de « transaltus », il nous apprend que faire un tressaut, c'est enjamber et sauter par-dessus ce qui est le plus proche, et il ajoute que « n'est entendu tressaut quand entre les héritages de la succession s'en rencontrent qui n'en sont pas. » (Hévin sur *Frain*, p. 557 et 642, et arrêt du 9 mars 1628, dans *Chapel.*)

(1) L'*Ancienne coutume* édictait cette règle dans l'art. 520 : « Les filles des nobles doivent avoir leur portion compétente aux meubles comme en l'héritage, et payer leur contingente portion des dettes. »

puînés dans la proportion des deux tiers au tiers, car le préciput étant un prélèvement avant partage n'entre pas en considération (1).

§ II. — *Fixation du préciput*

Le préciput de l'aîné noble était autrefois déterminé en termes très vagues (2) : « Es fiefs nobles qui se gouvernent suivant l'Assise au comte Geffroy, disait la très ancienne coutume (chap. 209) ne doit être compté le principal manoir ni les terres dedans les prochaines clôtures ; pour ce qu'il y ait de celui héritage si grande quantité qu'il valeist tant par quoy advenante pourvéance en pût être faite entre les sœurs et frères (3). »

(1) C'est ce que décide l'art. 552 :

« L'aîné et les puînés contribueront aux dettes mobilières, personnelles et hypothécaires des successions tant directes que collatérales esquelles lesdits puinés prendront, sçavoir l'ainé les deux parts et les puînés le tiers, sans considération de ce qui revient à l'aîné de l'ancien patrimoine provenu du tige commun ni aussi de la portion égale que prennent aux terres roturières les puînés. »

(2) L'usage y avait suppléé en limitant le préciput à 5 % ou à 10 % de la succession ; si donc le principal manoir et ses dépendances valaient plus, l'ainé n'en prélevait qu'une partie. (V. d'Argentré, *Avis sur les partages des nobles*, col. 2186.)

(3) Cette disposition était littéralement reproduite par l'article 543 de la coutume de 1539 en modifiant seulement quelques expressions par trop archaïques.

D'innombrables procès s'étaient élevés autour de ce texte : comment en effet définir d'une façon précise ce qu'il fallait entendre par prochaine clôture, et en quoi consistait l'advenante pourvéance des cadets ?

Les réformateurs s'efforcèrent de préciser davantage et décidèrent que le préciput comprendrait le château ou principal manoir, c'est-à-dire le lieu de la demeure du défunt (s'il y en a plusieurs, l'aîné en retient un à son choix) (1) avec le pourpris qui sera le jardin, colombier et bois de décoration.

Cette formule doit être interprétée restrictivement (arrêt du 28 septembre 1638) : elle ne comprend donc pas les forêts, mais le bouquet de bois joignant la maison, qui sert de décoration et fait partie du pourpris dans une étendue modérée (2).

Le préciput comprenait encore les harnais de guerre à l'usage personnel du défunt et l'élite des chevaux de guerre avec leurs harnais (art. 56).

C'était là un souvenir de la législation de Henri II, de ce « grand faiseur d'armées » comme l'appelle Hévin (3) ; nous en trouvons la preuve dans Roger de Houveden.

(1) Poullain du Parc, *Cout. de Bret.*, art. 541, n° 16.

(2) V. Sauvageau, Liv. I, ch. 342, et sur *du Fail*, liv. III, ch. 209 et liv. I, ch. 622.

(3) *Arrêts du Parlem. de Bretagne.* T. II, p. 513.

« Statuit per omnes terras suas transmarinas ut unusquisque homo habens centum libras Andegavensis monetæ in catallo haberet equum et arma militaria plenarie... et prohibuit ne aliquis arma sua venderet vel invadiaret : sed cum moreretur, daret illa propinquiori heredi suo (1). »

§ III — *Succession des anoblis*

Nous remarquons dans la nouvelle Coutume une disposition spéciale à une catégorie de personnes qui jusqu'alors avaient été passée sous silence : elle vise ceux qui, en considération de leurs vertus ou de leurs services éminents, auraient reçu du prince la faveur de l'anoblissement.

L'article 570 décide que les enfants de l'anobli partageront ses biens en parts égales, toutefois, s'ils laissent postérité, leur succession sera partagée noblement entre leurs enfants et ainsi successivement entre leurs descendants, pourvu qu'ils vivent et se comportent noblement (2).

(1) *Chronica magistri Rogeri de Houedene*, édité par William Stubbs, Oxford, 1868-1871.

(2) « Les enfants des hommes de valeur et mérite qui ont été et seront par leur vertu et autrement qu'en faveur d'argent déboursé anoblis par lettres du prince duement publiées et vérifiées, ne partageront noblement jusqu'à ce que les terres et fiefs

Le partage noble ne commence donc qu'au 2e degré, voici comment Hévin explique cette disposition :

« La véritable raison pourquoi les réformateurs n'ont fait commencer le partage noble entre les descendants de l'anobli qu'au 2e degré dérive de la première règle qu'ils avaient établie pour les partages nobles par l'article 541 par lequel ils exigent une noblesse de naissance pour fondement d'un partage avantageux. Si bien que l'anobli n'ayant qu'une qualité survenante et non pas originelle, on ne pouvait considérer la succession, suivant leur première règle, que comme celle d'un roturier, dans laquelle chacun est fondé à prendre également. Et par une suite nécessaire, ils ont dû ordonner, ainsi qu'ils ont fait, que les petits-enfants partageraient noblement la succession de leurs pères, enfants de l'anobli, parce qu'il est vrai de dire que ceux-ci sont nobles d'extraction » (1).

Mais il faut bien remarquer que les petits-

nobles soient parvenus en second partage : comme si le père a été fait noble, la succession sera divisée également (sauf le préciput de sol pour livre à l'aîné) entre ses enfants, et la succession desdits enfants sera partagée noblement, comme entre les autres nobles : pourvu que ledit anobli et les descendants de lui ayent vécu et se soient comportés noblement. » (Art. 570.)

(1) *Consultations sur la coutume*, Hévin, p. 605.

enfants ne partagent noblement que la succession de leur père ou de leur mère et non pas celle de leur aïeul anobli, au cas où ils en hériteraient directement par représentation de leurs parents décédés : en d'autres termes, pour que les biens de l'anobli puissent faire la matière d'un partage noble entre ses descendants, il faut que les successions aient été déférées et recueillies suivant l'ordre de la nature.

§ IV. — *Aînesse en collatérale*

Telles sont les règles de succession en ligne directe ; voyons maintenant dans quelle mesure le droit d'aînesse est appliqué en collatérale : La règle générale, comme dans toutes les provinces coutumières est « paterna paternis, materna maternis, mobilia et acquestus inter eos dividuntur. » Les propres reviennent toujours à la ligne dont ils sont issus, mais on ne recherche pas si les représentants de cette ligne descendent directement de celui qui le premier a mis le bien dans la famille, ni même s'ils « touchent l'auteur du propre de parenté collatérale » (1), en d'autres termes, la coutume

(1) Voici comment Hévin s'exprime à ce sujet :

« Il est vrai qu'il y a quelques coutumes qui décident en parlant des successions que pour estre une chose dite de l'estoc,

de Bretagne doit être rangée parmi celles que l'on désigne habituellement sous le nom de « simple côté. » Cela résulte du texte même de l'article 593 (1) qui, après avoir parlé des conquêts, ajoute

costé et branchage d'un héritier, il faut qu'elle soit descendue de celuy qui premièrement a acquis l'héritage, comme celle de Meulan, art. 263.... à raison de quoy ces coutumes sont appelées souchères, mais ce sont des dispositions particulières qui ne peuvent faire de conséquence à notre égard.....; ainsi, il suffit qu'elle (la chose) procède du côté, branchage ou ramage comme le portent nos textes. » (*Arrêts du Parlement de Bretagne*, p. 166.)

(1) « Quand homme ou femme meurent sans hoirs de leur chair, et ils ont père ou mère, leurs biens meubles doivent être et tourner à leur père et à leur mère s'ils sont vivants, ou à celui qui sera vivant, pourvu que le décédé fût de loyal mariage. Et sont tenus de payer les dettes mobilières et les amendements et l'obsèque du décédé et accomplir le testament, pourvu que le testament soit fait de la volonté du père, en pouvoir de qui il serait. Et aussi les conquêts qu'il aurait faits appartiennent au père et à la mère, ou à celui qui est vif, comme dit est des meubles : et les autres héritages retourneront à la ligne dont ils seraient partis. Et au cas que le décédé n'aurait enfants nés en loyal mariage ou par mariage, ni père, ni mère, leurs biens meubles et leurs conquêts seront à leurs hoirs prochains : c'est à sçavoir à la ligne devers le père la moitié, et l'autre moitié à celle devers la mère, à être départis, le noble comme le noble et le partable comme le partable. Et s'il y avait conquêt en fief noble entre nobles, il devrait être départi comme dit est, la moitié à l'aîné devers le père et l'autre à la ligne devers la mère pour être partagé comme dit est. Et pour ce que la ligne vient de plusieurs ramages, ils doivent être départis à chacun ramage et le principal hoir de chaque ramage du noble doit avoir toute

que « les autres héritages retourneront *à la ligne dont ils seraient partis* (1).

Les propres nobles se divisent eux-mêmes en deux catégories, suivant qu'ils procèdent ou non du « tige et tronc commun, » c'est-à-dire suivant qu'ils ont ou non appartenu à l'ascendant commun de tous les héritiers et du « de cujus » (2) : les premiers sont dévolus en totalité à l'aîné (art. 543) ; les seconds qui comprennent des biens provenant de successions collatérales de nobles ou de successions directes et collatérales de roturiers...., etc. (3), sont partagés noblement, c'est-à-dire les deux tiers à l'aîné et le tiers aux puînés (art. 544) (4). Quant aux propres roturiers, qu'ils

l'echoîte du noble, pour être partagé comme dessus est dit. » (Art. 593.)

(1) Ces termes sont empruntés à la *Très ancienne Coutume* (chap. 593), qui s'exprimait ainsi : « les autres héritages demoureraient à l'hoir à la ligne dont ils seraient partis »

(2) Hévin, *Consultations*, p. 607.

(3) Poullain du Parc, *Cout. de Bret.*, note 1 sur l'art. 544.

(4) « En successions collatérales, soit de fils ou de filles, entre les nobles, l'aîné ou celui qui le représente, soit fils ou fille, recueillera seul l'héritage, fiefs et autres choses qui auront procédé du tige et tronc commun et qui auront été baillées par l'aîné ou celui qui le représente par partage à ses puînés » (art. 543).

« Et les autres biens qui se trouveront esdites successions collatérales, par quelque moyen que ce soit, seront partagées entre eux noblement : sçavoir les deux parts de l'héritage et

provinennent ou non du tige et tronc commun, ils se partagent toujours également.

Les héritiers qui recueillent les propres suivant les règles que nous venons d'énoncer sont tous ceux qui, de près ou de loin, se rattachent au tronc commun, car, nous dit Hévin (1) : « En Bretagne, les collatéraux ne succèdent pas par proximité de degré ; la maxime du droit civil ancien « proximus agnatus remotiorem excludit » n'y a point de lieu. . . . ; tout s'y fait par représentation, laquelle s'exerce généralement en tous cas et sans bornes. »

En ce qui concerne les meubles et les acquêts, ils sont attribués pour moitié à la ligne paternelle, et pour l'autre moitié à la ligne maternelle ; à la différence de ce que nous venons de voir relativement aux propres, la dévolution de ces biens entre les membres de chacune des deux familles est réglée par le texte même de la coutume et leurs droits respectifs sont déterminés ainsi qu'il suit :

Si le père ou la mère du « de cujus » sont encore en vie, ils succèdent au total des meubles et acquêts de leur enfant, à l'exclusion de tous les

meubles à l'aîné et le tiers aux puînés fils ou filles par héritage » (art. 544).

(1) *Consultations*, p. 613.

collatéraux, même des frères et sœurs (art. 593); le principe de la fente est donc sacrifié à leur profit.

S'il n'y a que des ascendants d'un degré plus reculé, comme l'aïeul ou l'aïeule, ils excluent tous les collatéraux autres que les frères et sœurs qui les excluent eux-mêmes (1).

Les acquêts, dit l'article 593 doivent être départis « le noble comme le noble et le partable comme le partable ; » cette remarque n'a d'intérêt que dans le cas où ils seraient dévolus à plusieurs frères ou cousins du défunt ; mais, dans cette hypothèse, il en résulterait que les biens nobles et en particulier les fiefs qui pourraient se trouver parmi les conquêts devraient être partagés conformément

(1) Et si le décédé n'a ni père ni mère, mais seulement aïeul ou aïeule, frères ou sœurs, lesdits frères ou sœurs, en leur estoc seulement, ou ceux qui les représentent, excluront leurs aïeux ou aïeules auxdits acquêts et meubles. Et où le décédé n'aurait ni frère ni sœur, ni autres qui les représentent, l'aïeul ou l'aïeule préféreront les oncles et autres collatéraux en leur estoc. » (Art. 594.)

Les mots « en leur estoc seulement » répétés deux fois dans ce texte ont pour but de rappeler le principe de la fente : si donc le décédé laissait un aïeul et un frère consanguin, celui-ci ne touchant le défunt que d'un côté ne pourrait exclure l'aïeul dans l'autre estoc : les meubles et acquêts se partageraient donc entre eux par moitié. (V. Hévin, *Consultation* 137, et la 21[e] observation de l'éditeur, p. XI.)

aux prescriptions de l'article 541, c'est-à-dire les deux tiers à l'aîné, et le tiers aux cadets.

La règle établie par les articles 543 et 544 est confirmée dans un cas particulier, celui des droits successifs entre frères, par l'article 559 ; ce texte n'apportant aucune modification au régime que nous avons exposé pourrait être, par un critique sévère, taxé d'inutilité ; mais il s'explique historiquement et a eu pour but de protéger les droits de l'aîné contre les empiètements des cadets. Voici les faits :

Le sieur de Trécesson appartenant à une famille soumise au gouvernement de l'Assise trépassa en 1573 laissant un fils aîné Grégoire et six puînés dont cinq vinrent à mourir après le décès du père mais sans avoir demandé le partage. Vincente de Trécesson seule survivante se vit proposer par son frère un sixième du tiers ou un dix-huitième du tout, Grégoire soutenait en effet que le nombre des héritiers devait être fixé au moment du décès des parents. Vincente, au contraire prétendait, en invoquant l'autorité de d'Argentré, que les portions n'étaient pas acquises avant le jour de la demande de partage, que par suite, dans l'espèce, elles étaient restées dans la masse et en conséquence elle réclamait l'intégralité du tiers (1).

(1) Hévin sur *Frain*, p. 927.

L'affaire fut portée au présidial de Rennes où d'Argentré était premier juge, et tranchée en faveur de la puinée, mais l'aîné interjeta appel de cette sentence et la fit réformer par arrêt du Parlement prononcé en robes rouges le 30 avril 1578 (1).

D'Argentré persista dans son opinion et s'efforça de la faire partager à ses collègues lors de la réformation de 1580, mais elle fut rejetée et afin que ce point ne pût dès lors être mis en doute, l'art. 559 fut inséré dans le nouveau texte de la coutume (2).

(1) *Arrêts du Parlement de Bretagne* : du Fail, p. 853.

(2) « Succédera aussi ledit aîné et recueillera toutes les parts et portions de ses frères et sœurs décédés depuis la mort de leur père et mère, encore que lesdits frères et sœurs n'auraient fait action ny demande de leur partage. » (Art. 559.)

On pourrait croire en lisant ce texte qu'il confère à l'aîné le droit de recueillir l'ensemble du patrimoine de ses frères et sœurs sans qu'il y ait à tenir compte de l'origine des biens, mais cette interprétation serait erronée comme nous l'apprend Hévin dans la note suivante :

« Le droit qu'a l'aîné de succéder à ses puinés s'entend de la manière que les art. 543, 544 et 546 le déterminent, sçavoir qu'il recueille de cette succession collatérale tout l'héritage noble que les décédez estoient fondez à prendre dans la succession directe et outre les 2/3 des meubles, acquêts et autres biens nobles qu'auraient les décédez et portion égale dans les rotures. » (Hévin sur *Frain*, p. 927.)

§ V. — *Représentation*

Lorsque le fils aîné était mort au moment du décès du père, le droit d'aînesse devait-il être exercé par celui des enfants mâles qui se trouvait le plus âgé à cette époque, ou par un descendant du fils aîné prédécédé ?

La question était déjà discutée en Angleterre à l'époque de Glanville : suivant certains jurisconsultes, il fallait préférer l'oncle dont le degré de parenté était plus proche ; suivant les autres, le petit-fils avait pris dans la succession de son père le droit que celui-ci avait au fief et devait exclure son oncle. A l'époque de la féodalité militaire, la représentation était vue avec défaveur (1) car elle avait le plus souvent pour effet de faire venir à la succession de jeunes enfants incapables de fournir le service des armes.

En nous limitant aux coutumes qui ont exercé une influence notoire sur la législation bretonne,

(1) « Entre deux requérants d'un fief, dit Ibelin, soit Pierre fils de l'aîné et Jehan fils d'un puîné, mais plus âgé que Pierre, c'est Jehan qui doit avoir le fief, car Pierre le requiert par l'aînesse de son père et Jehan par sa propre aînesse. » (Ibelin cité par Garreau : *Etat social de la France au temps des Croisades*, p. 76.)

A plus forte raison le père de Jehan aurait-il été préféré à Pierre.

nous dirons qu'en Angleterre Glanville tranchait la question par une distinction : il admettait la représentation dans le cas où l'aîné prédécédé avait été admis avant sa mort à prêter l'hommage au seigneur ; si cette formalité n'avait pas été remplie, il préférait l'oncle au neveu (1).

Plus tard, sous Henri III, la représentation l'emporta définitivement.

Le très ancien coutumier de Normandie donne successivement les deux solutions : dans un premier passage il donne la préférence à l'oncle et un peu plus loin il admet la représentation (2).

Cette contradiction paraît devoir être attribuée à une interpolation. Le grand Coutumier de Normandie s'occupe aussi de cette controverse et nous apprend que le système de la représentation était admis depuis longtemps et considéré comme le droit commun : mais le système contraire fut introduit « par la force des puissants hommes » (3).

(1) Glanville L. VII, chap. III, § 8, et Glasson : *Hist. du Droit et des Institutions de l'Angleterre*, T. II, p. 273.

(2) Chap. XII et XXXII.

(3) « Notandum tamen est, quod de novo introducta est quaedam consuetudo huic antiquae consuetudini contraria ; videlicet quod si quis duos habuerit filios, et primogenitus, suscepto de uxore sua filio, decesserit, postea vero patre decedente, non nepos, qui filius est primogeniti, ejus saisinam obtinebit ; sed eam filius superstes habebit, licet in nullo alio casu haec repro-

Les plus anciens textes qui nous soient parvenus nous montrent la représentation admise en Bretagne, témoin ce passage de la très ancienne coutume : « Et est à sçavoir que toute la seigneurie doit aller à l'aîné des enfants ès Barons et ès Chevaliers et des aînés qui en sont issus et qui noblement tiennent et se sont gouvernés eux et leurs prédécesseurs ès temps passés » (1) ; elle avait lieu sans aucune limite de degré et exerçait une influence des plus considérables : nous avons vu en effet qu'en ligne collatérale une succession est noble ou roturière : non suivant la qualité des personnes qui succèdent, ni suivant celle du « de cujus », mais par la qualité du « tronc commun » auquel on doit remonter par l'effet même de la représentation.

Cette conséquence effraya d'Argentré : pour s'y soustraire, il refusa de reconnaître qu'un roturier pouvait succéder noblement sous prétexte de représentation d'un noble ; d'après lui, la représentation ne pouvait avoir lieu à l'égard d'une personne morte avant la succession échue, mais seulement lorsque la succession étant ouverte,

banda consuetudo conservetur, quae non jure vel consuetudini, sed vi et oppressione potentium fuit introducta. » (*Grand coutumier de Normandie*, chap. C.)

(1) Chap. 209.

l'héritier venait à mourir avant de l'avoir acceptée (1), ainsi un roturier fils d'une fille aînée noble prédécédée ne pouvait succéder noblement à son aïeul maternel. C'était confondre la représentation avec la simple transmission, erreur dans laquelle le grand jurisconsulte ne demeura pas longtemps comme le montre sa note sur l'art. 543 nouveau.

Si nous en venons au texte de la coutume de 1580, nous constatons qu'aucune innovation n'est apportée en cette matière : partout, tant en ligne directe qu'en collatérale, réserve est faite du droit de venir à la succession par l'effet de la représentation (2) : seul, l'article 541 est muet sur ce point, mais Hévin supplée à son silence par cette note :

« Et aura l'aîné..... Il fallait sans doute ajouter « ou sa représentation », car si le fils aîné prédécède son père, laissant des enfants même non mâles, la fille de l'aîné exclut les autres enfants de l'aînesse comme notre coutume le dit en parlant des successions collatérales (art. 543) et devrait moins l'omettre en parlant de la directe (3). »

(1) D'Argentré, col. 2021.

(2) Cfer. art. 543, 546 et 547.

(3) Poullain du Parc. *Coutumes de Bretagne*, p. 491.

§ VI. — *Dans quelle mesure le père pouvait avantager l'un de ses enfants.*

Telles étaient les règles suivant lesquelles devait être dévolue toute succession noble lorsque le « de cujus » n'avait pas manifesté une volonté contraire, mais si le testament n'avait pas comme à Rome la faculté de créer des héritiers (1), il n'en restait pas pour cela lettre morte, et la répartition des biens pouvait subir de ce chef de sérieuses modifications. Nous savons que sous la législation de Geffroy, si rigoureuse pourtant en vue de maintenir l'indivisibilité du fief, le père de famille pouvait de son vivant partager ses biens entre ses enfants, mais il lui fallait le consentement de son fils aîné (2). L'indivisibilité du fief était ainsi abandonnée en quelque sorte à la discrétion de ce dernier ; le duc Geffroy avait sans doute jugé inutile de lui enlever cette faculté, pensant qu'il ne serait pas porté à en abuser en se dépouillant lui-même ; mais il en alla bien autrement comme nous l'avons vu ; les aînés cédèrent aux importunités de leurs cadets, et ce fut par suite de dona-

(1) « Nos testamens, dit d'Argentré, ne sont qu'ombre de ceux du droit romain. » (*Avis sur les partages des nobles*), col. 2,290).

(2) V. *Supra*, p. 53.

tions de ce genre que des lambeaux de la seigneurie se détachèrent peu à peu pour tomber enfin définitivement dans le patrimoine des puînés (1).

Les réformateurs de 1580 modifièrent profondément la législation sur ce point : désormais le partage fait par le père de son vivant devra être approuvé par quatre parents des enfants : deux du côté paternel et deux du côté maternel ; une quotité disponible est introduite, variable avec le nombre des enfants et telle que chacun d'eux ne puisse être lésé de plus du sixième de sa part légitime. Le partage pourra porter aussi sur les biens de la mère, mais son consentement est exigé (2).

(1) C'est là en effet, comme le fait très justement remarquer M. Planiol (*assise de Geffroy*, p. 55, note 2) la principale cause des difficultés qui se sont élevées sur les successions nobles : si la règle de l'impartibilité avait été absolue, aucune contestation n'aurait pu avoir lieu sur le caractère purement viager des concessions faites par les aînés à leurs cadets.

(2) Telles sont les règles édictées par l'art. 560 :

« Le père noble pourvu de sens pourra par l'avis et conseil de quatre parens de ses enfans, deux paternels et deux maternels partager sesdits enfans de son vivant : laissant à son aîné, fils ou fille, la principale maison. Et tiendra ledit partage après sa mort s'il n'appert qu'il l'ait révoqué par testament ou autre déclaration faite par écrit, pourvu qu'aucun de ses enfans ne

Relativement aux filles, le gentilhomme d'assise avait un pouvoir des plus étendus : lors de leur mariage, il lui était loisible de les avantager jusqu'à rendre leur part égale à celle de l'aîné ou, en sens inverse, de leur donner une somme inférieure à leur légitime sans qu'elles pussent jamais demander un supplément (1).

Cette faculté est reconnue par les plus anciens textes :

« Si gentilhomme donne de son héritage en mariage à sa fille, elle ne peut plus avoir, si le père ne luy a réservé son avenant, si n'est de la volonté à l'esné (2). » (Constitution du duc Jean II). « Père et mère peuvent donner à leur fille aisnée

soit lésé ni grevé outre la sixième partie de sa légitime. Et s'il veut partager ses enfans aux biens de leur mère, le pourra faire, elle vivante et consentante et non autrement. »

(1) Voici comment Hévin explique cette dernière disposition : « Tous nos livres sont remplis des dispositions exclusives des femmes mariées, soit en vertu de la dotation ou par la maritation. Cela est introduit pour perpétuer les familles, afin que les biens passent plutôt aux mâles, suffisant aux femmes d'être mariées à un homme de leur condition, et le nom et l'honneur de la famille finissant en elles. » *Coutumes de Bretagne*, tome III, p. 529).

(2) Cette réserve : « si n'est de la volonté à l'aîné » signifie que le fils aîné bénéficiant du surplus de la part de sa sœur, a la faculté de le lui abandonner.

de leur fé gentil plus ou moins que son avenant en mariage (1) ».

Ces dispositions passèrent dans le chap. 210 de la très ancienne coutume ainsi conçu : « père qui est gentilhomme et de noble sang, peut ses filles marier et les apparager, et ce qu'il donnera, son principal hoir ne le peut débattre, si le père ne le grevait outre sa testée comme si tout le fief était partable, et aussi s'il leur donnait moins que leur droit, ne devraient-elles plus avoir pourtant qu'elles fussent suffisamment apparagées. »

La différence de rédaction de ces textes a fait naître la question de savoir si le père pouvait marier plusieurs filles à plus grande part : les meilleurs commentateurs ont pensé que cette faculté ne pouvait être exercée qu'au profit d'une seule (2), en effet, l' « aide chevel » ou aide capitale payable au seigneur mariant sa fille n'était due qu'une seule fois (3) : d'ailleurs, s'il avait été permis au père de marier plusieurs filles et d'égaler chacune à son fils aîné, celui-ci ne se serait plus trouvé en situation de soutenir le nom et l'éclat de sa maison.

(1) Etablissements du duc Jean III cité par Hévin *sur Frain*, p. 558.

(2) d'Argentré, sur l'art. 224, Hévin *sur Frain*, p. 873.

(3) *Très anc. cout.* ch. 259. *N^lle cout.* art. 22.

Sur ce point encore, la réformation de 1580, apporta de notables changements : La faculté accordée jusque là au père de donner à sa fille en héritage plus que sa légitime, fut abolie ; et de ce fait, la part de l'aîné dans les fiefs et héritages nobles fut mise à l'abri de toute atteinte. Mais le chef de famille conserva le pouvoir de disposer en faveur des puînés de ses meubles si, du moins, il n'en avait pas plus que d'héritages (1), théoriquement, il pouvait donc en les accumulant sur une seule tête rendre la part d'une fille égale à celle de l'aîné.

Quant à la disposition qui permettait de marier la fille à moindre part ; elle fut maintenue en ces termes par l'art. 557.

« Les filles mariéés par le père noble ne pourront demander autre plus grand partage que celuy que leur aura fait le père, mariage faisant, encore qu'elles fussent mineures et qu'elles n'eussent renoncé, pourvu qu'elles fussent deuement apparagées; le semblable sera gardé pour le regard des biens de la mère quand les filles auraient été mariées par les père et mère nobles d'extraction noble. »

Deux conditions sont exigées par ce texte pour que le partage fait par le père soit valable :

(1) Art. 199 et 230.

Il faut :

1° Qu'il y ait effectivement un partage fait lors du mariage : La fille n'est donc pas exclue de la succession comme en Anjou et à Tours (1), par le seul fait de son mariage, n'eût-elle reçu qu'un « chapel de roses ». Toutefois, on ne saurait exiger que sa part lui ait été délivrée lors du mariage ; il suffit qu'elle ait été déterminée et promise dans la succession future (2).

2° Que la fille soit suffisamment aparagée, c'est-à-dire mariée à une personne de sa condition, et appartenant comme elle à l'ordre de la noblesse (3).

(1) *Coutume d'Anjou*, art. 241 ; *de Tours*, art. 284. La coutume de Normandie est encore plus rigoureuse et va jusqu'à décider que « si rien ne lui a été promis par son mariage, rien n'aura. »

(2) Hévin *sur Frain*, p. 874.

(3) Il y a une grande différence entre apparagée et apanagée ou apanée : apparager est relatif à la condition et noblesse de l'époux, « pari locata » et non à la dot : au contraire, apanagée ou apanée à sa relation à ce qui est baillé en mariage et signifie dotée ou pourvue de quelques biens « ad sustinenda onera matrimonii, » pour la subsistance, ou comme dit messire Pierre de Fontaines dans son *Conseil*, chap. 34, « pour la soutenance » (Hévin *sur Frain*, p. 869).

§ VII. — *Accroissement au profit de l'aîné*

Lorsque le père usant de la faculté que lui accorde la coutume a ainsi marié sa fille à moindre part, le résidu de la portion qui aurait normalement dû lui échoir ne retombe pas dans la masse au profit commun de tous les autres cohéritiers mais accroît à l'aîné; c'est ce que décide l'article 558 (1).

Il convient de souligner ces termes : « la portion accroist et appartient à l'aîné ; » il en résulte en effet que si les puînés ou puînées mariées ou religieux du vivant du père sont incapables de prendre part, ils doivent cependant entrer en compte car il faut supposer des portions distinctes en droit pour les faire accroître au lot de l'aîné. Cette réunion que les Romains comparaient pour ce motif à l'alluvion s'opère « ipso jure » sans qu'aucune renonciation ni aucun acte de transport soit exigé!

On pourrait être tenté de confondre le cas de

(1) La portion de la fille mariée par le père noble à moindre part qu'il ne lui appartient par la coutume, ou de religieux ou de religieuse ayant fait profession volontaire en âge légitime accroît et appartient à l'aîné à la charge des dettes, à la raison de ladite portion et payant la pension qui serait due auxdits religieux ou religieuses (art. 558).

l'incapacité advenue avant l'ouverture de la succession et qui donne lieu à l'accroissement établi par cet article avec celui de l'incapacité survenue depuis l'ouverture de la succession et qui donne naissance à une succession collatérale (1), toutefois la distinction est essentielle.

Dans le premier cas, l'aîné ne succède pas, puisque le puîné est réputé vivant et faisant part à son profit comme s'il avait été subrogé dans ses droits. En conséquence, l'accoissement comprend tout ce qui aurait composé le lot du puîné s'il eût été capable : meubles et immeubles, biens nobles et biens roturiers (2), mais il ne s'étend pas aux biens provenant d'une autre source tels que les acquêts.

Dans le deuxième cas, au contraire, il y a succession collatérale, soumise comme telle aux articles 543 et suivants : elle s'exerce donc sur tous

(1) Cette hypothèse est prévue dans les termes suivants par l'article 559 : « Succèdera aussi ledit aîné et recueillera toutes les parts et portions de ses frères et sœurs décédés depuis la mort de leur père et mère, encore que lesdits frères et sœurs n'auraient fait action ni demande de leur partage. »

(2) On s'est demandé si le droit d'accroissement devait s'étendre aux biens roturiers ; Hévin se prononce sans hésiter pour l'affirmative, car l'art. 558 parle de la portion héréditaire sans aucune restriction ; de plus, les rotures peuvent servir à favoriser les puînés aux dépens de leur aîné, il est donc équitable qu'elles soient comprises dans l'accroissement qui a pour but de compenser cette éventualité (Hévin, sur *Frain*, p. 902.)

les biens des puînés, qu'ils proviennent ou non de l'héritage paternel, et l'aîné prend la totalité des propres nobles ayant appartenu au tige et tronc communs, les deux tiers des autres biens nobles et des meubles, enfin sa part virile seulement dans les biens roturiers (1).

Nous trouvons l'origine de ce droit d'accroissement dans la série de règles coutumières connue sous le nom d'ordonnance de Jean II (2) : il y est dit, en effet, que si le père noble mariant sa fille lui avait donné quelque portion d'héritage, l'aîné ne serait pas tenu de compléter sa légitime (3).

Les anciens textes ne faisaient pas mention des religieux et des religieuses ; cette extension fut introduite pour la première fois dans la coutume de 1580 ; ce n'était sans doute que la confirmation d'un usage non encore consacré par écrit (4) ; il était du reste assez naturel d'assimiler au mariage

(1) Hévin, sur *Frain*, p. 903 et 927.

(2) En ce qui concerne cette pseudo-ordonnance, cf., p. 70.

(3) « Si un gentilhomme marie sa fille o du moible tant seulement, après la mort de son père elle aurait son avenant en l'héritage raportant iceluy moible ; mais si elle tenait une partie de l héritage, elle ne doit plus avoir si le père ne li a réservé son avenant, si ce n'est de la volonté à l'esné (*Constitution de Jean II*, art. 32.)

(4) Hévin, sur *Frain*, p. 883, et *Consult.*, p. 598.

la profession en religion qui était ordinairement accompagnée d'une constitution de dot (1).

D'Argentré, dans ses ouvrages antérieurs à la réformation de 1580, combattait avec ardeur le droit d'accroissement en faveur de l'aîné ; s'inspirant du droit romain, il décidait que les portions des incapables devenus tels avant l'ouverture de la succession ne doivent pas entrer en ligne de compte (2). Il allait même jusqu'à soutenir que loin d'exister en faveur de l'aîné, l'accroissement devait profiter aux puînés ; en effet, d'après lui, il fallait considérer le tiers comme une masse distincte des deux tiers de l'aîné et devant dans tous les cas se partager entre les cadets et demeurer entier à leur profit, alors même que l'un d'eux ferait défaut.

(1) Cette règle était très anciennement admise en Anjou ; elle est formulée en ces termes dans un coutumier de la fin du xv[e] siècle :

« Si un gentilhomme fait sa fille nonnain ou son fils moine, le fils aîné prend en sa succession la portion que y eust pris la nonnain et moine s'ils eussent succédé. »

(2) ... filiæ maritatæ, monachi, moniales tempore delatæ hereditatis sunt incapaces eorumque portiones sunt defectæ, aut caducæ sine numero aut computatione, nec faciunt partem inter consortes, nec in consortium admittuntur, nec augent, nec minuunt portiones cœterorum sed in totum pro non extantibus habentur, etiam si ætate essent primogeniti, qui si tales sunt sequenti in gradu locum faciunt. » (D'Argentré, *Commentaire de l'art.* 551 *ancien*, col. 1990 et 1991.)

Cette doctrine ne fut jamais admise par la jurisprudence, témoin le célèbre arrêt de Trécesson prononcé en robes rouges le 30 avril 1578 (1).

Plus tard, d'Argentré reconnut son erreur et, dans son commentaire sur le titre des donations (2) publié en 1580, il se rallia à l'opinion commune en la justifiant par d'excellentes raisons.

La première qu'il appelle « insurmontable et nécessaire » est que la collocation des puînés et puinées occasionnant un préjudice à l'aîné quand ils étaient mariés à plus grande part, le profit au cas de leur mariage à moindre part lui devait revenir. Il ajoute que l'exclusion des filles mariées et des religieux étant établie en faveur de l'aîné, il est naturel de lui attribuer ce qui a été enlevé en sa considération aux puînés.

Nous savons que la fille mariée à moindre part n'est exclue de tout supplément qu'au cas où le père était en vie lors de son établissement ; nous déciderons de même que les parts des religieux ne peuvent être soumises au droit d'accroissement, que si la profession a eu lieu du vivant du père. L'art 558 ne le dit pas formellement comme pour les filles mariées, mais cette solution ne saurait être mise en doute car l'incapacité des héritiers se

(1) *Arrêts du Parlement de Bretagne*, du Fail, p. 853.

(2) Glose 7, n° 9.

considère au moment de l'ouverture de la succession (1) : si en effet elle survenait postérieurement, elle donnerait ouverture à une succession collatérale et on rentrerait dans l'hypothèse prévue par l'art. 559.

Dans le cas où, à défaut de mâles, l'aînesse appartiendrait à une fille, le droit d'accroissement devrait lui être reconnu, car l'art. 558 emploie le mot « aîné » d'une façon générale, et nous savons qu'à défaut de mâle la fille aînée a les droits d'aînesse (2).

Toutefois, le droit d'aînesse et l'accroissement qui en découle étant des faveurs, ne doivent pas recevoir une interprétation extensive.

Ainsi il fut jugé par un arrêt du 10 mai 1659 (3) que l'accroiseement ne pouvait avoir lieu dans la succession d'un aïeul, car ce droit n'est établi qu'au premier degré ; d'ailleurs l'aïeul n'a pas la

(1) C'est ce que dit d'Argentré : *Avis sur les partages des nobles*, quest. 37, n° 4 :

« Incapaces dicimus intelligi de his qui delatæ hereditatis tempore tales sunt, hoc enim tempus spectatur. »

(2) En Anjou et dans le Maine, la solution contraire était admise bien que l'aînesse y pût appartenir aux filles : cela tient à une différence dans la rédaction de ces coutumes : elles disposent en faveur du « fils aîné » et non de l' « aîné » comme le fait notre texte.

(3) Hévin, sur *Frain*, p. 891.

faculté de marier ses petits-enfants à plus grande ou à moindre part, il est donc juste que le droit d'accroissement établi en vue de réparer la perte que l'aîné peut souffrir du fait des avantages concédés à ses puînés ne puisse être appliqué en ce cas.

A-t-il lieu dans la succession maternelle aussi bien que dans la paternelle ?

Tout d'abord, on ne saurait accorder à la mère la faculté de marier sa fille à moindre part ; ce droit exhorbitant n'est attribué qu'au père et on ne peut l'étendre ; la question ne se pose donc que pour les religieux.

Hévin nous apprend qu'un usage constant a consacré l'affirmative (Hévin sur *Frain*, p. 905) (1) ; il le justifie en remarqnant que le religieux n'est pas privé de sa portion par le fait de la mère mais par l'incapacité légale de succéder dont il est frappé, qu'en outre, il pourrait être avantagé sur les meubles, faveur dont l'accroissement est la juste compensation.

Bien d'autres difficultés s'élevèrent sur l'application des articles 558 et 559 (2) ; les aînés, non

(1) La question était cependant controversée lorsque la mère n'était pas noble d'extraction, mais roturière veuve d'un gentilhomme.

(2) Le nombre en était si grand et la solution si délicate que d'Argentré ne put retenir cette exclamation : « Magnaehic tene

contents des avantages qui leur étaient concédés, comparaient avec dépit leur situation présente à celle de leurs aïeux les contemporains de l'Assise et s'ingéniaient à combiner les articles de la coutume pour se les rendre plus favorables.

C'est ainsi qu'ils élevèrent la prétention d'acquérir en vertu du droit d'accroissement les portions des filles mariées à moindre part, des religieux et des religieuses alors même que ceux-ci seraient morts avant le père. La question fut élevée pour la première fois en Bretagne en 1638 ; voici l'espèce :

Le maréchal de Brissac mourut laissant deux enfants : François duc de Brissac aîné et le marquis d'Acigné ; il avait eu en outre une fille religieuse prédécédée. Le marquis d'Acigné vint à mourir peu après son père et sa veuve agissant au nom de son mari, demanda partage à son beau-frère ; celui-ci prétendit ne lui devoir que le sixième de l'héritage paternel, soutenant que la religieuse devait entrer en ligne de compte et faire part à son profit. Les biens en question se trouvant situés partie en Bretagne et partie en Anjou, des consultations eurent lieu dans l'une et l'autre province : en Bretagne, la prétention de l'aîné fut

brae, magni errores, et prisciret posterioris fori. » (*Aitiologie* : note sur l'art. 559.)

considérée comme exorbitante et repoussée par plusieurs célèbres avocats du Parlement (1) ; en Anjou, au contraire, elle fut admise et confirmée de l'avis d'une enquête par « turbes ; » finalement le chancelier Séguier nommé arbitre du différend par le cardinal de Richelieu décida que l'accroissement n'était nullement subordonné à la condition de la survie de la religieuse à son père et donna raison au duc de Brissac.

La même jurisprudence fut consacrée par arrêt du 27 novembre 1656 en faveur du sieur du Carpon Kerousien (2).

Ces décisions inspirées par les commentaires de Chopin et de du Pineau sur la coutume d'Anjou soulevèrent à juste titre de vives protestations ; les motifs allégués étaient en effet d'une faiblesse extrême : on disait que du moment que la fille ou le religieux sont dotés par le père noble, l'espérance du résidu de leur portion appartient à l'aîné. Cela est incontestable, mais l'espérance d'un droit est-elle donc une acquisition irrévocable ? et sa réalisation n'est-elle pas au contraire subordonnée à une condition qui dans l'espèce n'est autre que la survie des incapables ?

On ajoutait que la profession en religion mettant

(1) Hévin sur *Frain*, p. 907.

(2) Hévin sur *Frain*, p. 910.

la puinée hors du monde. cette mort civile devait produire les effets de la mort naturelle qui, dès lors n'était plus d'aucune conséquence. Mais cet argument, inapplicable d'ailleurs, à la fille mariée, n'a pas plus de consistance que le premier : en effet, l'accroissement suppose la capacité, sinon de prendre part, du moins de faire part, et comment attribuer cette capacité à un religieux réputé mort ?

Enfin, disait-on, d'après l'art. 559, l'aîné succédé à ses puînés s'ils meurent après la succession échue ; il faut donc, à moins de le considérer comme inutile, que l'art. 558 s'entende des puînés morts avant ce moment. C'est là encore une erreur manifeste : l'art. 559 prévoit le cas de mort naturelle qui donne lieu à succession collatérale tandis que l'art. 558 régit celui d'exclusion ou d'incapacité de prendre part dont résulte l'accroissement ; leur objet est donc différent et ils ne font aucunement double emploi bien qu'ils statuent tous deux dans l'hypothèse où les puînés survivent à leur père.

Nous concluons donc avec d'Argentré et Hévin (1) qu'il ne saurait être question d'accroissement dans l'hypothèse où un religieux ou une fille mariée à moindre part viennent à mourir

(1) Hévin, *snr Frain*, p. 914.

avant l'ouverture de la succession paternelle; n'étant plus de ce monde, ils ne peuvent en aucune façon entrer en compte et l'héritage doit se partager comme s'ils n'avaient jamais existé.

Les prétentions des aînés ne s'arrêtèrent pas là et on n'est pas peu surpris de trouver sous la plume d'Hévin une longue dissertation sur la question suivante : « Peut-on par fiction réputer un moins âgé aîné d'un plus âgé de même sexe? (1)

Voici dans quelle hypothèse se posait cette question bizarre : un gentilhomme vient à mourir, laissant plusieurs enfants dont le plus âgé est religieux; le droit d'aînesse appartient de ce fait au premier né des mâles restés dans le monde, mais doit-il s'exercer seulement sur les cadets ou s'étendre aussi au religieux? En d'autres termes, les puînés peuvent-ils réclamer le tiers de l'héritage intégralement ou défalcation faite de la part du religieux qui accroîtrait à l'aîné?

La question se posa pour la première fois en 1683 (2) et la prétention de l'aîné fut repoussée comme elle le méritait.

(1) Hévin, *sur Frain*, p. 892.

(2) Elle avait déjà été agitée en 1665, mais sous une autre forme : dans l'espèce, le puîné devenu aîné par la profession en religion de son frère reconnaissait ne pouvoir recueillir le résidu de la portion de celui-ci par accroissement, mais il prétendait retenir, par application des articles 545 et 559, une part de

Il est vrai que les termes de l'art. 558 sont très larges et semblent comprendre tous les religieux sans distinction, mais d'Argentré nous apprend que ce texte a été rédigé conformément à ses principes, or il admet formellement que l'accroissement ne s'applique qu'aux portions des puînés incapables et non à celles des aînés religieux qui demeurent hors de compte comme si leurs titulaires n'avaient jamais existé (1).

Cette solution est d'ailleurs parfaitement logique : en effet, l'accroissement est établi en vue d'indemniser l'aîné de la perte qu'il peut subir par la collocation de ses frères et sœurs à plus grande part, il ne peut donc s'appliquer à la portion de l'aîné faisant profession en religion, puisque cet acte ne peut grever le lot des puînés.

Il nous reste à dire quelques mots des charges qui accompagnent l'accroissement; comme nous l'avons déjà remarqué, ce droit est limité à ce que

puîné comme s'il eut été tel lors du décès du père, et entrer en outre dans les droits du religieux comme si, depuis, il lui avait succédé collatéralement.

Cette théorie était inadmissible, car l'aîné étant incapable lors de la succession, le suivant prenait sa place et ne pouvait dès lors prétendre à une portion de puîné; il ne pouvait davantage succéder au religieux qui n'avait pas hérité.

(1) *Commentaire de la Coutume de Bretagne*, note sur l'article 558.

les puînés incapables auraiend dû prendre dans l'héritage paternel et ne s'étend pas à leurs acquêts; en conséquence, l'aîné n'est pas tenu des dettes personnelles de ses frères ou sœurs, mais seulement de celles de la succession du père, proportionnellement aux biens qu'il acquiert. Il doit en outre, d'après le texte même de l'art. 558, acquitter les pensions viagères qui seraient dues aux puînés religieux ou religieuses; ce sont en effet les charges naturelles de son acquisition (1).

§ VIII. — *Biens roturiers faisant partie d'une succession noble.*

Nous avons supposé jusqu'à présent une succession noble exclusivement composée de biens nobles; dans le cas où il s'y rencontrerait des biens roturiers, leur dévolution serait réglée conformément à l'article 548, ainsi conçu :

« Et quant aux terres roturières qui se trouveront aux successions, tant directes que collatérales, seront partagées également entre l'aîné et les

(1) Dans le cas où l'aîné religieux aurait retenu une pension, sa part rentrant dans la masse commune, la dette deviendrait une charge de la succession du père et devrait comme telle se répartir entre les héritiers, dans la même proportion que l'actif.

puînés : le choix et élection réservés à l'aîné après que les lots auront été faits et reçus entre eux. »

Si donc, comme nous l'avons vu (1), il peut arriver que des biens nobles soient partagés roturièrement, l'inverse est impossible, et dans aucune hypothèse des biens roturiers ne sauraient être soumis à un partage noble. C'est ce qu'exprime d'Argentré dans les termes suivants : « Toutes terres roturières ne sçauraient porter condition advantageuse et gardent toujours leur naturel de teste à teste, entre quelques personnes que ce soit (2). »

Section II. — *Successions roturières.*

§ I. — *Biens roturiers.*

Le partage égal est ici comme par le passé la règle ; elle était déjà formulée en ces termes par la très ancienne coutume :

« Les enfans ès bourgeois ou autres gens de basse condition doivent être aussi grands les uns commes les autres, tant en meubles qu'en héritaiges » (3). Toutefois, si le principe reste le même le mode du partage se trouve profondé-

(1) V. *Supra*, p. 94.

(2) *Avis sur les partages des nobles*, col. 2253.

(3) Chap. 206.

ment modifié et perd le caractère archaïque qui le rapprochait si fort de celui des Gallois (1) : autrefois, en effet, le dernier né sans distinction de sexe faisait les lots et les autres choisissaient par ordre de primogéniture (2).

Désormais, au contraire, les mâles choisiront avant les filles et la désignation des lots sera faite, non plus par une des parties intéressées, mais par des prud'hommes. C'est ce que décident les art. 587 et 591 (3).

(1) V. p. 21.

(2) V. Arrêt du 8 avril 1572 et *Usance abrogée touchant le partage des roturiers*. Bourdot de Richeboury. T. IV, p. 417. Cette vieille règle avait cessé d'avoir une application générale bien avant 1580 ; d'Argentré dit en effet à ce sujet qu'il a toujours vu « diversement user et quelquefois le choix donné à l'aîné, quelquefois au sort » (*Avis sur les partages des nobles*, col. 2341).

(3) « Les enfants et autres héritiers des bourgeois et autres du tiers-état partageront également tant en meubles qu'héritages, en succession droite et collatérale, et choisiront les enfants mâles et les mâles descendus d'eux, en quelque âge qu'ils soient, les uns après les autres et après eux les filles, selon l'ordre de leur nativité » (Art. 587).

« En partage entre bourgeois et gens de basse condition, si aucuns voulaient avoir leur portion en chacune pièce de terre, au cas qu'ils ne pourraient autrement s'accorder, justice doit mettre trois prud'hommes non suspects à leur faire leurs partages, par les plus grands lots et les plus profitables qu'ils les pourraient faire, à leurs consciences et par leurs serments. Et

Le principe est donc l'égalité absolue ; toutefois il souffre une limitation introduite dans l'intérêt commun des héritiers en vue de prévenir les inconvénients qui résulteraient pour eux du partage obligatoire appliqué d'une façon trop rigoureuse.

Cette restriction apportée à la loi du partage égal se trouve dans l'article 588 : « Entre bourgeois et autres du tiers-état, le fils aîné aura la principale maison et logis suffisant, soit en la ville ou aux champs, à son choix, selon la quantité des biens, faisant récompense aux autres, s'il la veut avoir et s'il ne la veut avoir, le prochain après lui la pourra avoir, faisant ladite récompense. Et où il y en aurait deux, l'une aux champs l'autre à la ville, ne pourra choisir que l'une des deux. » Quelques auteurs et parmi eux d'Argentré ont voulu voir dans cette disposition un préciput introduit en faveur de l'aîné roturier et comparable à celui de l'aîné noble. C'est là une erreur et une comparaison inexacte comme on peut s'en convaincre en étudiant l'origine et la teneur de l'art. 588.

Voici la plus ancienne disposition que nous avons sur cette matière :

doivent les parties choisir leur lots, sauf à bailler revue à celui qui se voudrait plaindre dans l'an et le jour aux dépens du demandeur en revue. » (Art. 591).

« A bourgeois et gens de basse condition le fils aîné doit avoir la principale maison ou herbregerie suffisante selon la qualité de leurs biens faisant récompensation ez autres s'il la veut avoir, et s'il ne la veut avoir, le prochain d'après luy, s'il le veut, la doit avoir..... S'il y a des enfans fouls et envieux qui voulussent avoir leur partie en chacune pièce, au cas que ne se pourraient autrement accorder, justice devrait mettre trois prud'hommes proufitables et sans suspection à leur partir par les plus grands lots et proufitables qu'ils leur pourraient faire à leur conscienee... » (1).

La Très ancienne coutume avait pour principe que dans la division de choses communes il faut éviter dans la mesure du possible les démembrements et faire les parts les plus grandes et les plus commodes ; ainsi, ayant établi qu'en échange le retrait n'est pas admis (2), elle a apporté une exception à cette règle et l'a autorisé dans le cas ou un hébergement se trouve divisé : le lignager qui ne se trouve pas suffisamment logé est donc préféré au co-permutant étranger en lui offrant récompeuse. Dans le deuxième paragraphe du chap. 213 nous retrouvons une application de ce principe, d'où nous nous croyons en droit de conclure que

(1) *Très ancienne coutume*, chap. 214.

(2) Chap. 220.

la même inspiration a décidé la règle d'après laquelle si la maison principale se trouve démembrée en plusieurs lots insuffisants pour une habitation commode, l'aîné pourra la demander tout entière sauf indemnité.

L'art. 588 dont l'origine se trouve dans le chap. 213 de la Très ancienne coutume prévoit la même hypothèse et ne doit être appliqué que dans le cas où la maison principale ayant été dénombrée, les co-partageants ne sont pas suffisamment logés. D'Argentré, au contraire, considérant ce texte comme le fondement d'un préciput d'aîné étendait sa portée jusqu'à permettre à l'un des co-partageants d'évincer son co-héritier d'une maison dont celui-ci avait la pleine et entière propriété.

Mais en faisant abstractiou de l'argument historique que nous venons d'exposer, cette interprétation rencontre dans le texte même d'insurmontables obstacles.

En effet, les mots « herbregerie suffisante » ou « logis suffisant » supposent une division de la maison, car ils signifient incontestablement que la faculté de réunion ne s'étend pas au delà de ce qui est convenable et commode pour l'habitation : si donc le logis était assez vaste pour permettre à plusieurs enfants d'y demeurer, aucun d'eux ne saurait être évincé de sa part. De plus, le texte

porte que si l'aîné ne veut pas user de cette faculté de retenir la principale maison, le prochain après lui peut l'exercer : ce n'est donc pas là un attribut d'aînesse, puisque tous y sont appelés jusqu'à l'avant-dernier des enfants. Enfin, il est de l'essence du préciput d'être prélevé et de n'entrer dans aucun lot ; au contraire, le droit qui nous occupe s'exerce moyennant récompense.

Aussi ne saurait-on trop s'étonner des prétentions invraisemblables fondées par les aînés sur l'art. 588 : on en vit qui, ayant choisi un lot comprenant une maison et une terre, réclamaient encore un bien attribué à l'un de leurs héritiers sous prétexte qu'ils le considéraient comme le principal. La jurisprudence était favorable à ce droit de pillage (1) et les cadets n'osaient contester le bien fondé de la demande, mais s'efforçaient de la restreindre à la maison d'habitation, non compris les terres avoisinantes (2).

Hévin combattit ces abus avec ardeur et la vigueur de son argumentation finit par amener le retour aux vrais principes dans l'arrêt du 29 octobre 1671 ; il y fut décidé que trois conditions

(1) Ainsi nommé par ce que l'aîné « pillait » véritablement le lot de son cadet.

(2) V. Hévin *sur Frain*, 132e plaidoyer, et arrêts du 5 octobre 1568 et du 9 février 1570 dans du Fail, p. 237 et 266.

devaient être réunies pour l'application du privilège de l'art. 588 :

1°) Que la maison sur laquelle on prétend l'exercer soit effectivement la principale.

2°) Qu'étant divisée entre les cohéritiers, chaque partie soit insuffisante pour une habitation commode.

3°) Enfin que le demandeur n'ait pas dans son lot une maison convenable pour le loger.

On doit donc tenir pour certain que ce prétendu droit de pillage fut introduit afin d'éviter les morcellements excessifs qui seraient résultés d'une application trop rigoureuse du partage égal. Il n'est accordé qu'aux fils, et comme il constitue une violation du droit commun, les filles ne peuvent en bénéficier.

§ II. — *Biens nobles*

Dans le cas où des terres nobles feraient partie d'une succession roturière. elles ne seraint pas soumises comme les autres au partage égal, mais l'aîné aurait un préciput dont le montant est déterminé dans les termes suivants par l'art. 589.

« L'aîné des bourgeois et autres du Tiers-Etat ou ses enfants, fils ou filles, qui auraient terres et fiefs nobles, soit fils ou fille aura par préciput sur

lesdites terres nobles un sol pour livre, partage faisant : et ce en la succession directe seulement. »

Il s'agit donc ici d'un avantage semblable à celui de l'aîné noble : il faut cependant noter quelques différences entre ces deux institutions : Le préciput organisé par l'article 541 porte sur le château ou manoir et le pourpris ; celui du bourgeois ne comprend qu'une quotité des biens nobles faisant partie de la succession ; le premier n'est grevé d'aucune dette (1), le second, au contraire, doit être compté dans l'émolument et subir sa part proportionnelle du passif (2).

Cette prérogative de l'aîné n'est pas une innovation des réformateurs de 1580 ; bien au contraire, on doit y voir un vestige du grand principe de l'impartibilité des fiefs et nous en retrouvons la trace dans la Très ancienne coutume (3).

Tels sont les seuls avantages accordés d'une

(1) Art. 552.

(2) Arrêts du 24 mars 1562 et du 19 oct. 1563.

(3) « Et n'y aurait l'aîné adventaige fors en tant comme il l'aurait conquis du fief noble et le paransommet serait departi têtée à têtée et fors au cas qu'il serait départi entre les hoirs du conquérant ung, la noblesse tiendrait ô le fonds à être parti entre les hoirs de ceux comme le fief noble advantageux doit être départi pour ce que le conquêt fût noble advantageux. » (*Très ancienne Coutume*, chap. 260. V. *Cout. de Bret.*, Poullain du Parc, sous l'art. 589.)

façon générale à l'aîné dans les successions roturières : nous ne nous attarderons donc pas à exposer dans ses détails les règles de succession entre gens « partables »: disons seulement que la représentation était admise à l'infini, en lignes directe et collatérale et que le partage égal s'appliquait à tous les degrés (1).

§ III. — *Usances particulières*

A côté du texte général de la coutume, les réformateurs de 1580 laissèrent subsister quelques usements locaux respectables par leur ancienneté (2) ;

(1) Ces principes sont exposés dans les termes suivants par l'article 592 :

« Entre gens partables, toutes terres doivent être départies tête à tête fors le préciput ci-dessus à l'aîné, aux héritages nobles. Et en toutes successions directes ou collatérales, représentation a lieu, soit que les neveux concourent avec leur oncle, ou les dit neveux ou cousins entre eux. Et auront les enfans la portion que leur père eût recueillie et la départiront entre eux tête à tête et s'il y a des dettes dont la succession fût chargée, chacun en paiera selon la part et portion qu'il prendra en la succession. »

(2) L'antiquité de l'usance de Rohan en particulier est affirmée dans les termes suivants par le vicomte de Rohan dans le préambule du texte qu'il soumit aux réformateurs de 1580 : « Nous René, vicomte de Rohan, prince de Léon comte de Porhoët, certifions Messieurs commis pour la réformation des

ils ne faisaient en cela que suivre l'exemple de leurs devanciers, les rédacteurs de 1539 (1). La très ancienne coutume elle-même avait mentionné les usances locales en ces termes : « En plusieurs païs et terrouers a pluseurs usemenz qui ne sont pas par toute Bretaigne generalment, et pour ce les doit l'en garder, si ce ne sont contre bonnes mours comme il est dit aillours » (2).

Parmi ces règles particulières, une seule accorde un privilège à l'aîné dans les successions roturières, c'est celle de Goëllo ou plutôt celle en usage « en aucuns endroits du territoire de Goëllo. » L'avantage qu'elle lui confère consiste en un préciput dont le montant s'élève à la treizième partie de l'héritage de ses père et mère (3). Cette disposition

coutumes de Bretagne et tous autres qu'il appartiendra que de tout temps immémorial nos prédécesseurs ont esté en possession et jouissance des droits et privilèges contenus au présent cahier, les supplians qu'ils ne fassent rien qui change ou innove lesdits usements et droits et qui lui puisse porter préjudice à l'avenir. »

(Cité par Chénon : l'*Ancien Droit dans le Morbihan*, p. 71.)

(1) *Ancienne coutume*, art. 636.

(2) Chap. 275.

(3) « En aucuns endroits du territoire de Goëllo, il y a usement que l'aîné des gens roturiers doit avoir la treizième partie de l'héritage de ses père et mère davantage ses autres cohéritiers, et outre, élection de lotie et portion pour son droit d'aisnage. » (*Usance de Goëllo*, art. 2 : texte officiel d'après Hévin.)

était sans doute inspirée par le privilège bien plus étendu qu'obtenaient les aînés nobles dans les successions féodales.

Au rebours de la précédente, l'usance de Rohan consacre le privilège du mainé, mais seulement en ce qui concerne la transmission des domaines congéables ; les autres tenues restent soumises au droit commun, et on peut juger de leur rareté par ce seul fait que tout bien roturier situé dans la vicomté est présumé tenu à titre de « convenant » s'il n'y a preuve par écrit du contraire (1).

Nous nous sommes déjà expliqués sur la cause de la préférence accordée au plus jeune (2) ; notons cependant qu'au XVIe siècle le principal avantage résultant de ce système était l'indivisibilité de la tenue : sans doute, le résultat eût été le même, que l'héritier fût ou non le cadet, mais

Les éditions de la coutume de Dumoulin et de Bourdot de Richebourg portent la troisième partie et non la treizième, mais Rosmar cite un arrêt qui écarte tout doute : « De 45 livres dix sous de rente, dit-il, j'ai veu un partage qui faisait assiette à l'aisné pour son droit d'aînesse de 70 sous de rente. » (*Usance de Tréguier et de Goëllo*, par Rosmar, art. 25.)

(1) « Les tenues que tiennent les roturiers et non nobles en ladite vicomté sont présumées estre tenues audit titre de convenant et domaine congéable, s'il n'y a preuve par acte au contraire. » (*Usance de Rohan*, art. 2.)

(2) V. *Supra*, p. 28.

tel était l'usage, et le seigneur évitait ainsi le morcellement de ses terres. Cette préoccupation apparaît manifestement dans les articles 19 et 34 (1). Cette indivisibilité rappelle celle des grands fiefs établie par Geffroy et s'explique par le même motif : l'intérêt du seigneur, intérêt d'autant plus grand relativement aux tenues roturières, qu'il était investi du droit de déshérence ; or, ce droit aurait eu bien moins souvent l'occasion de s'exercer si la tenue avait pu se trouver partagée entre plusieurs domainiers.

En principe, la tenue revient donc en totalité au plus jeune fils ou à défaut d'enfants mâles à la plus jeune des filles (2), mais ce privilège ne porte absolument que sur la tenue elle-même ; les meubles et même les stucs et engrais se partagent également entre tous les enfants (3). En compensation

(1) « Et ne se peuvent lesdites tenues diviser sans le consentement du seigneur et du détenteur tenancier. » (Art. 19.)

« Le sujet ne peut charger, ne constituer rentes sur ses édifices sans l'exprès consentement du seigneur au préjudice dudit seigneur. » (Art. 34.)

(2) « En succession directe de père et de mère, le fils juveigneur et dernier né desdits tenanciers succède au tout de ladite tenue, et en exclut les autres, soient fils ou filles. » (Art. 17.)

« Et au cas qu'il n'y aurait enfants mâles, la fille dernière née exclut les autres. » (Art. 18.)

(3) « Les meubles se partagent également entre les enfans desdits tenanciers. » (Art. 23.)

de son privilège, le juveigneur doit loger, nourrir et entretenir ses frères et sœurs mineurs jusqu'à leur mariage (1). Si l'héritage comprend plusieurs tenues, l'avantage du main né se réduit au droit de choisir celle que bon lui semble, puis ses frères et sœurs choisissent à leur tour par rang d'âge jusqu'à l'aîné (2) ; puis, s'il y a plus de tenues que d'enfants, le juveigneur recommence à choisir et ainsi de suite. Les successions du père et de la mère sont considérées comme n'en faisant qu'une : si donc elles comprennent chacune une tenue, le plus jeune des enfants doit choisir entre les deux (3). Enfin, si le tenancier venait à mourir sans « hoirs de sa chair », la tenue ferait retour au seigneur foncier à l'exclusion de tous les collatéraux, et pour garantir ce droit de réversion, il

« Les fumiers et engrais qui se trouvent dans la tenue lors du décès se partagent comme meubles. » (Art. 24.)

(1) « Le fils juveigneur auquel seul appartient la tenue, comme dit est, doit loger ses frères et sœurs jusqu'à ce qu'ils soient mariés ; et d'autant qu'ils seraient mineurs d'ans, doivent les frères et sœurs estre nourris et entretenus sur le fait et profit de la tenue pendant leur minorité : et étant les frères et sœurs mariez, le juveigneur les peut expulser hors. » (Art. 22.)

(2) « Quand il y a plusieurs tenues distinctes et séparées en une succession, le juveigneur et dernier né choisit celle des tenues que bon lui semble, et l'autre juveigneur après l'autre tenue et conséquemment de juveigneur en juveigneur, soient mâles ou femelles. » (Art. 20.)

(3) V. le Guével : *Commentaire sur l'usement de Rohan*, p. 180.

était défendu au colon sans enfants d'aliéner ses droits au domaine (1). Toutefois une exception est introduite en faveur des frères et sœurs non mariés et « faisant leur continuelle résidence en la tenue » ; cette communauté d'habitation leur donne le droit d'hériter (2). Ce droit fut aussi reconnu par la jurisprudence aux père et mère du domainier par ce motif que là où la loi locale est muette, la coutume générale doit s'appliquer (3).

Des règles successorales analogues étaient en vigueur dans l'usance de Corlay dont l'application s'étendait aux terres dépendant de l'abbaye de Rellec (4).

(1) « Et le tenancier qui n'a enfans ne peut vendre pour frauder son seigneur de la desherence des édifices qu'au cas d'imminente nécessité : et audit cas le seigneur peut avoir le cinquième denier de la vente pour son consentement. » Art. 29.)

(2) Art. 3.

(3) V. Chénon : l'*Ancien Droit dans le Morbihan*, n° 24.

(4) (*Usances de Cornouaille*, art. 32 et 33 et usances de la principauté de Léon, art. 12.)

L'art. 32 de l'usance de Cornouailles paraît accorder le droit de maineté au plus jeune sans distinction de sexe, mais M. d'Epinay a fort bien montré l'inexactitude du texte ; ce privilège ne pouvait donc appartenir à la plus jeune fille qu'à défaut de mâles comme à Rohan. Cela résulte formellement de l'aveu de 1580 : « Et néanmoins ledit jouveignor et dernier nay des masles ou femelles, *s'il n'y a que femelles*, ne laissera à avoir la tenue qui lui est eschue de par père ou mère....... lesquelles deshérences me sont acquises par le droit et usement de la vicomté de

Nous devons enfin signaler une troisième usance qui établit un système de dévolution héréditaire à part et d'une originalité très caractéristique : celle de Porhoët.

Sa sphère d'application est plus large que celle de la coutume de Rohan ; elle régit, en effet, non seulement les tenues convenancières, mais tous les héritages roturiers appartenant à des roturiers.

Elle distingue tout d'abord deux catégories de biens (1) ; d'une part les meubles et les acquêts non appropriés qui restent soumis à la coutume générale, et de l'autre, les « terres de patrimoine » et les « acquêts appropriés par justice ou par laps de temps » (2), cette dernière catégorie est dévolue d'après les règles suivantes :

Rohan soul; *lequel usement madite chastellenye se régit et gouverne de toute entienneté.* »

V. l'*Ancien Droit successoral en Basse-Bretagne* dans la *Nouvelle Revue historique du droit*, année 1895.)

(1) Le texte de cet usement a été tronqué dans la plupart des éditions, notamment dans celle de Bourdot de Richebourg, T. IV, p. 415 ; nous reproduisons ci-dessous le texte complet d'après Poullain du Parc (*Journal des audiences du Parlement de Bretagne*, T. I, p. 587.)

(2) L'appropriement avait lieu en Bretagne, soit « par longue tenue, » c'est-à-dire par prescription, soit « par bannies ; » sous ce dernier nom, on désignait, dit M. Planiol, « différents procédés, variables dans la forme, mais arrivant tous à ce résultat commun de donner à une acquisition immobilière une force inébranlable en la protégeant à jamais contre les nombreuses causes

Les deux tiers de ces biens sont attribués aux enfants mâles et à leurs descendants, quel que soit leur nombre et le tiers restant aux filles et à leurs descendants : il y a donc deux groupes d'héritiers distincts recevant chacun en bloc une part fixe des propres.

Pour opérer la répartition entre les groupes masculin et féminin, on formait trois lots égaux ; les mâles choisissaient les premiers, puis les filles et enfin le dernier lot restait aux mâles. On procécait ensuite à un second partage par tête au sein de chaque groupe. Ce sous-partage ne détruisait pas l'individualité des groupes masculin et féminin ; il en résultait que si l'un des enfants venait à mourir sans prostérité, ce décès donnait ouverture à une succession collatérale, mais en quelque sorte dans le sein du groupe seulement : d'où cette conséquence que les mâles succédaient les uns aux autres à l'exclusion des filles et inversement les filles héritaient les unes des autres à l'exclusion des mâles (1).

d'éviction, de résolution ou de retrait dont elle était menacée. » (Les appropriances par bannies dans la *Nouvelle Revue de droit français et étranger*, n° de mai-juin 1890.)

(1) V. Chénon : *l'ancien droit dans le Morbihan*, n° 26.

Voici le texte de l'*usement de Porhoët* ;

Art. 1er. « Entre personnes du tiers état, en proche et arrière fief, pour le partage de leurs héritages roturiers situés auxdites

M. d'Epinay (1) a rapproché ce régime successoral d'un capitulaire de Charlemagne d'après lequel les fils devaient succéder à leur père et les filles à leur mère (2) : mais il n'y a entre ces deux dispositions, comme il en convient lui-même, qu'une vague analogie ; il s'est demandé en outre

paroisses, l'usement est que les enfants mâles et descendans d'eux, en quelque nombre qu'ils soient, prennent les deux tiers des terres de patrimoine de père et de mère, même des acquêts appropriés par justice ou par laps de temps ; et les filles aussi, en quelque nombre qu'elles soient, le tiers seulement du patrimoine et acquêts appropriés.

Et pour le partage avantageux ci-dessus il se fait trois lotties en quel nombre que soient les enfants, l'une desquelles est choisie par les mâles, et après les filles ou la fille, une ou plusieurs choisissent une lottie des deux restantes, et la troisième demeure auxdits mâles, sauf après aux uns et aux autres à subdiviser par entr'eux. »

Art. 2e. « Et les mâles et descendans d'eux succèdent aux mâles et à ceux qui en descendent à l'exclusion des filles et descendans d'elles ; comme aussi les filles et descendans d'elles succèdent aux filles et descendans d'elles à l'exclusion des mâles et de leurs descendans. »

Art. 3e. « Et pour les acquêts non appropriés, se partagent entre les mâles et les filles également comme les meubles. »

(1) L'ancien Droit successoral en Basse-Bretagne dans la *Nouvelle Revue historique du Droit* 1895, p. 258.

(2) « Si quis francus homo habuerit filios duos, hereditatem suam de sylva et de terra eis dimittat et de mancipiis et de peculio. De materna hereditate similiter in filiam veniat. » (Troisième capitulaire de 813, c. 40 à Aix-la-Chapelle. « *capitularia regum francorum* tome I. col. 514).

si ce mode de dévolution n'aurait pas une origine germanique. D'après Marculfe (1), en effet, l'homme comptait double au regard de la femme, mais ce principe ne se trouverait appliqué que dans le cas où le défunt laisserait un nombre égal d'enfants de chaque sexe ; dans tous les autres, la proportion cesserait d'être observée et il pourrait même arriver que la part d'une fille soit supérieure à celle d'un fils : Si, en effet, la succession devait se partager entre trois frères et une sœur, celle-ci en recevrait un tiers, tandis que le lot de chacun des mâles serait inférieur à un quart.

(1) *Formules* 7 et 17.

CONCLUSION

Telle est l'histoire du droit d'aînesse en Bretagne : introduit pour sauvegarder l'indivisibilité des grands fiefs, il s'étendit peu à peu aux seigneuries de moindre importance, mais il perdit en même temps son caractère absolu pour devenir un simple privilège consistant en un préciput et une part avantageuse ; il ne répondait plus dès lors au besoin d'assurer le service militaire mais au désir des nobles de perpétuer le nom et l'éclat de leurs familles.

Cette évolution n'est pas un fait spécial à la Bretagne, et dans la plupart de nos coutumes on pourrait en trouver de semblables. Cette comparaison nous paraît s'imposer comme conclusion de notre étude ; toutefois il ne saurait entrer dans les limites d'un cadre aussi restreint de rechercher les influences diverses qui à des époques plus ou moins reculées ont abouti à la création d'un privilège au profit de l'aîné. Aussi, nous plaçant au XVI[e] siècle, c'est-à-dire au moment où l'évolu-

tion est terminée et les usages codifiés, nous nous bornerons à rapprocher dans un rapide aperçu le droit d'aînesse breton de celui des autres principales coutumes.

D'Argentré lui-même avait esquissé ce parallèle. « Il sert et fort à propos, dit-il, de faire entendre que la coutume en ce qu'elle advantage les aisnez des nobles n'est pas seule ny singulière entre toutes, ny barbare, insolente, ou inaccoutumée, ainz conforme à plusieurs royaumes, pays et potentats.., ce qui se trouve testifié par plusieurs doctes hommes parlans chacun du pays où il a été nourry ou habitué (1). »

Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, nos coutumes présentent une très grande diversité ; elles organisent, pour la plupart, un droit d'aînesse mitigé qui paraît être une transaction entre la loi de transmission du bénéfice devenu le fief et les traditions germaniques et romaines du partage égal. Sans doute, il faut voir dans ce régime intermédiaire le résultat d'une évolution analogue à celle dont nous avons étudié les phases en Bretagne ; il est incontestable, en effet, que la plupart des bénéfices et des offices devenus héréditaires furent primitivement soumis à la loi de transmission intégrale, c'est-à-dire au droit d'aînesse

(1) *Avis sur les partages des Nobles*, col. 2.197.

absolu. Mais il ne faut pas perdre de vue un autre facteur dont l'importance a été sans doute très considérable :

La maxime « nulle terre sans seigneur » n'avait pas cours dans toutes nos provinces comme en Bretagne (1), et à côté des fiefs proprement dits, il existait un grand nombre d'alleux ou de terres libres qui se transformèrent en fiefs par voie d'assimilation. Les propriétaires de ces alleux, habitués par leurs traditions gallo-romaines à partager également leurs biens entre leurs enfants ne purent dépouiller complètement leurs cadets et admirent forcément un droit d'aînesse mitigé et amoindri (2).

C'est ainsi qu'en thèse générale, le partage avantageux paraît être le confluent de deux grands courants : le premier, sans doute le plus important prend sa source dans l'indivisibilité du fief ; sous l'influence des traditions égalitaires de la masse de la population, il se relâche de sa primitive rigueur et abandonne aux puînés une part du patrimoine. L'autre, issu du principe romain du partage égal subit l'ascendant du régime ap-

(1) Cette règle était posée dans les termes suivants par la très ancienne coutume : « Nus ne nulle ne peut ne ne doit avoir terres ou autres héritages, sans en avoir seigneur. »

(2) V. Viollet, *Etablissements de Saint-Louis*. T. I, p. 123 et suivantes.

plicable aux anciens fiefs et aboutit à admettre un avantage au profit de l'aîné.

Suivant que dans telle province, la féodalité était plus profondément implantée ou, en sens inverse, que les souvenirs romains étaient restés plus vivaces, le premier ou le second courant exerçait une influence prépondérante, et le droit d'aînesse était plus ou moins rigoureux.

Aussi était-il ordinairement inusité en pays de droit écrit, cependant cette règle n'a rien d'absolu, et dans certaines régions du Midi il était au contraire organisé avec une grande rigueur.

Parmi les coutumes pouvant être rangées dans la première catégorie, nous devons citer tout d'abord celle de Normandie, province qui a été considérée avec raison comme étant en France « le pays par excellence du droit d'aînesse et de l'indivisibilité du fief (1). »

Le fils aîné noble ou roturier y était seul saisi de la succession (2). Les comtés, les baronnies, les chevaleries et les sergenteries ne pouvaient être partagés et étaient attribués à l'aîné en principe. Cependant, s'il y avait plusieurs fiefs de cette qualité, son droit se réduisait à en choisir un à titre de préciput, puis chaque puîné à son rang

(1) Glasson. *Le Droit de succession au Moyen-Age*, p. 22.

(2) *Cout. de Norm.*, art 237.

prélevait aussi une terre, et les derniers se partageaient le reste de la succession. S'il y avait plus de fiefs que d'enfants, l'aîné en choisissait un second après que tous ses frères étaient lotis, et ainsi de suite.

Dans le cas où la succession comprenait une seule terre noble et des « eschaettes », l'aîné avait le choix entre le fief et une quotité des autres biens représentant la valeur de ce fief qui revenait alors à l'un des puînés (1).

S'il n'y avait qu'un seul fief dans la succession sans autres biens, il était attribué en totalité à l'aîné sous la charge de provision du tiers à vie aux puînés.

Quant aux filles, elles étaient exclues des biens impartageables par leurs frères et n'avaient droit, comme en Bretagne, qu'à un mariage avenant, c'est-à-dire à une dot en propriété (2).

En l'absence de mâles, les fiefs cessaient d'être indivisibles et se partageaient également entre les filles (3) ; cependant l'aînée était investie d'une prérogative importante : elle avait droit au principal manoir, et ses sœurs tenaient d'elle (4).

(1) *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. VIII

(2) *Cout. de Norm.*, art. 248 et 249.

(3) *Cout. de Norm.*, art. 272.

(4) *Grand Coutumier*, chap. 26.

Le droit d'aînesse existait aussi en ligne collatérale.

Si de la Normandie nous passons dans le Maine et en Anjou, nous retrouvons les baronnies indivisibles et attribués au premier-né des fils. Sur les autres terres, l'aîné noble, mâle ou fille, prélève le principal manoir avec le pourpris ; il a droit en outre aux deux tiers des autres biens et à tous les meubles à la charge de payer les dettes. Le tiers restant se partage entre les puînés et les filles (1), mais les premiers n'y prennent part qu'en usufruit. A leur mort, leur lot accroît aux autres puînés s'ils sont restés dans l'indivision ; sinon il fait retour à l'aîné.

Le droit d'aînesse existe aussi en ligne collatérale ; de plus, il s'exerce entre roturiers pour les fiefs tombés en tierce foi : il porte alors sur les deux tiers de ces biens, et les puînés se partagent le surplus en propriété (2).

En Champagne, le régime successoral se rapproche beaucoup du système normand : le droit d'aînesse fut introduit entre filles par une ordonnance de Blanche de Troyes, en 1212, puis le comte Thiébaut l'étendit, en 1224, à toute succes-

(1) *Coutumes du pays et comté du Maine*, art. 238, 243 et 252 ; *Coutumes du duché d'Anjou*, art. 222, 227 et 235.

(2) *Anjou*, 255, *Maine*, 273.

sion comprenant une baronnie, une châtellenie ou un fief quelconque supérieur aux vavassoreries (1). Toutefois (et ici nous nous écartons du droit normand), l'aînesse n'était pas admise en collatérale, et les filles concourant avec des mâles ne prenaient qu'une demi part de puîné (2).

A Bordeaux tous les fiefs étaient indivisibles, et les puînés en étaient exclus (3).

En Béarn, le droit d'aînesse était établi avec une grande rigueur : tous les biens nobles étaient attribués au premier né ; on y remarque cette particularité qu'en cas de deux mariages, la fille aînée du premier lit était préférée au fils aîné du second.

Dans toutes ces coutumes et dans plusieurs autres, notamment en Picardie, Vermandois, Ponthieu, Artois, Flandre, Hainaut, Navarre... etc. (4), l'indivisibilité du fief était reconnue : soit d'une façon absolue comme en Normandie et à Bordeaux, soit pour certaines terres de dignité seulement comme dans le Maine et en Anjou. En

(1) V. Glasson. *Le Droit de success. au Moyen-Age*, p. 38.

(2) *Ancien Coutumier de Champagne*, art. 62. — *Coutume du bailliage de Vitry*. art. 57. *de Chaumont*, art. 8.

(3) *Las Coutumas de la vila* de Bordeu, art. 57.

(4) V. Glasson : *Le droit de succession au Moyen-Age* : p. 40 et suivantes.

conséquence, le droit d'aînesse y était organisé avec une grande rigueur.

Si nous passons maintenant à l'autre groupe de provinces dans lesquelles la féodalité ne s'est pas implantée aussi profondément ou du moins a vu son influence plus sérieusement combattue, nous y remarquons l'absence presque complète de fiefs indivisibles : sinon au Moyen-Age, du moins au XVI[e] siècle. La coutume de Paris peut être considérée comme le type du genre :

Le fils aîné noble ou roturier y prend par préciput le principal manoir avec un arpent de terre, plus les deux tiers des fiefs s'il n'y a qu'un frère puîné ou une sœur, et la moitié s'il en existe deux ou plusieurs. Les puînés et les sœurs se partagent le surplus également, et ils sont considérés comme de véritables héritiers. Le droit d'aînesse n'a pas lieu entre filles ni en collatérale (1), mais en revanche, il existe en collatérale un privilège de masculinité : les mâles venant de leur chef excluent les femmes en pareil degré et concourent avec elles lorsqu'ils viennent par représentation en degré inégal (2).

Ce système était appliqué avec quelques variantes

(1) *Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, art. 13, 19 et 331).

(2) *Ibid.* : art 322 et 323.

dans plusieurs coutumes : notamment à Orléans, à Calais... etc. (1).

En Beauvoisis, la règle était analogue :

« Se eritages descend à enfans et il y a hoir malle, li hoir malles ains nés emporte le cief manoir hors part et après les deux pars de çascun fief ; et li tiers qui demeure doit être départis les mains nés ygaument, autant à l'un comme à l'autre soient frères soient sereurs ; et de lor parties ils vienent à l'omage de lor frères ains nés » (2).

Entre filles, l'aînée avait droit au chef manoir et le surplus se partageait également.

Si nous nous plaçons au point de vue des biens soumis au droit d'aînesse, nous remarquons que dans la plupart des coutumes et notamment à Paris (3), en Orléanais, en Champagne, en Picardie, en Poitou, en Auvergne dans le Nivernais et le Berry, il ne portait que sur les fiefs, quelquefois même entre nobles seulement. Quelques provinces l'admettaient pour toutes sortes de biens entre nobles et roturiers : il en était ainsi notam-

(1) V. Klimrath : *Essai sur les coutumes*, p. 143. En Poitou, le régime était analogue, cependant l'aînée des filles avait droit à un préciput : (V. *Le droit d'aînesse en Poitou* par G. d'Epinay p. 38).

(2) Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, chap. XIV, n° 5, édit. Beugnot, tome I, p. 226.

(3) Pothier : *Traité des successions*, p. 72.

ment dans le Ponthieu, le Boulenois et aussi, sauf quelques restrictions, en Normandie. D'autres enfin consacraient un régime intermédiaire et faisaient porter le droit d'aînesse : soit sur tous les biens entre nobles et sur les fiefs anciens entre roturiers comme la Touraine, le Loudunois, le Maine et l'Anjou ; soit sur les fiefs et les meubles entre nobles et sur les fiefs seulement entre roturiers comme la Bretagne (1).

Si nous nous demandons maintenant quelle place doit occuper la coutume de Bretagne parmi toutes celles que nous venons d'énumérer, nous n'hésiterons pas à la ranger parmi les plus favorables au droit d'aînesse . si elle n'a pas consacré comme sa voisine de Normandie l'indivisibilité de toutes les terres nobles, elle a du moins, et mieux qu'elle, poussé jusqu'à ses dernières conséquences l'application du principe : notamment en assimilant d'une façon absolue l'aînesse des filles à celle des mâles.

La féodalité trouva donc en Armorique un terrain favorable et y poussa des racines plus profondes que dans la plupart des autres provinces. L'influence anglo-normande ne saurait croyons-nous, malgré son importance incontestable, expliquer suffisamment ce phénomène ; il faut remon-

(1) V. Klimrath. *Essai sur les coutumes*, p. 142.

ter plus haut et chercher dans les lois des anciens bretons les motifs de cette faveur dont les institutions féodales furent l'objet.

Dans la législation d'Hoël, le Gallois ne pouvait être noble s'il ne possédait une terre et seuls les nobles étaient appelés au service militaire en raison des terres qu'ils possédaient ; à l'âge de 14 ans le jeune « Cymry » s'inféodait à l' « arglwydd » et la force de ce lien était telle que s'il venait à mourir, le seigneur lui succédait de préférence à tous les parents autres que les frères du défunt (1).

Il existait dans cette vieille constitution galloise une hiérarchie puissante fondée sur la propriété du sol (2) et nous ne croyons pas être téméraires en affirmant que les Bretons acceptèrent d'autant plus volontiers les principes féodaux qu'ils y trouvaient comme la renaissance d'un passé dont l'éloignement n'avait pu effacer le souvenir.

(1) Wotton. L. II, chap. 30, p. 179. « Si filius post decimum quartum annum completum mortuus fuerit, bona ejus omnia ad dominum lege redibunt, qui illi loco filii erit. » (V. *Supra*, p. 29, note 1.)

(2) V. Courson : *Essai sur la Bretagne armoricaine*, p. 310.

APPENDICE

Texte de l'Assise au comte Geffroy.

Notum sit omnibus tam presentibus quam futuris quod cum in Britannia detrimentum terrae plurimum soleat evenire, ego Gaufridus, filius Henrici regis, dux Britanniae, comes Richemundiae, utilitati terrae providere desiderans, petitioni episcoporum et baronium omnium Britanniae satisfaciens, communi assensu eorum Assisiam feci tempore meo et successorum meorum permansuram, et concessi :

Quod in baroniis et feodis militum ulterius non fierent divisiones, sed major natu integre dominatum obtineret, et junioribus suis majores providerent et invenirent honorifice necessaria juxta posse suum.

Ea vero quae tunc juniores possidebant in terris sive denariis, tenerent quamdiu viverent.

(1) Texte publié par M. Paniol, d'après Hévin et Dom Lobineau (*Assise au C*[te] *Geffroy*, p. 4).

Heredes quidem terras tenentium, illas possiderent in perpetuum; heredes vero denarios et non terras habentium, minime post patres haberent.

Item si terra majoris devenerit in balliam, frater major post eum balliam habebit. Quod si fratrem non habuerit, ilie de amicis balliam habeat cui decedens cum assensu domini voluerit eam commendare.

In filiabus vero qui majorem habuerit terram habeat, et juniores maritabit de terra ipsa ad consilium domini et propinquorum generis.

Si autem in terra majoris maritaguim aliquod accidere contigerit quod juniori placeat, illud habebit, nec major alii conferre poterit, dum junior habere velit. Quod si habere noluerit et alibi invenerit, major frater ei de rebus et catailis suis dando perquirat pro posse suo cum consilio propinquorum amicorum.

Item si major juniori terram dederit de qua eum in hominum recipiat et sine herede obierit, alicui de propinquis suis cui voluerit eam dabit, ita quod ad principalem dominum non redeat. Si autem non ceperit eum in hominem, ad majorem fratrem hereditas revertetur.

Hanc assisiam ego Gaufridus, dux Britanniae, et Constancia uxor mea et omnes barones Britanniae juravimus tenere. Decrevimus etiam necessarium ut et majores natu et juniores eam jurarent

tenendam, et si juniores nollent jurare, amplius nec in terris nec in denariis partem essent habituri.

Hanc igitur institutionem sive Assisiam nominatim A (1) et ejus heredibus per totam terram suam concessimus permansuram. Et ut hoc ratum permaneat et stabile, attestatione sigilli mei et Constanciae uxoris meae voluimus roborari, testibus N, N (2)..... et pluribus aliis.

Apud Redonas, anno Domini MCLXXXV.

Ancienne traduction.

L'explication de l'Assise en Francoys :

Saichent tous ceulx qui ont à estre que comme

(1) Chaque exemplaire portait ici le nom du baron auquel il avait été remis : Andreae de Vitreio, Alano de Rohan, Rolando de Dinanno, etc.

(2) Les noms des prélats et des barons présents à l'Assise varient d'un manuscrit à l'autre. Ceux qu'on peut relever en comparant les différentes copies sont les suivants : Herbert, évêque de Rennes; Pierre, évêque de Saint-Malo; Guehenoc, évêque de Vannes; Maurice, élu de Nantes; Raoul de Fougères; Alain de Rohan; Roland de Dinan; André de Vitré; Geoffroy de Châteaubriand; Eudon de Porhoët; le seigneur de Châteaugiron; un abbé de Tudi qui n'est pas nommé; enfin un ou deux personnages désignés d'une manière vague, parmi lesquels Hévin croit reconnaître Alain de Penthièvre. (*Sur Frain*, p. 516).

pluseurs contenz veneissent en Bretaigne entre freres et seurs a departir leurs terres, Geffroy, filz du roy de Bretaigne, duc pour cely temps, conte de Richemont, desirant pourvoirs au proufit de la terre, et faisant satisfacion a la reverence des evesques et de touz les barons de Bretaigne, o leurs voluntés, faiz assise qui durera en mon temps et ou temps de mes successeurs.

C'est à savoir que des baronnies et de fiez des chevaliers nulles parties ne seront doresnavent faictes, mais l'aisné tendra la seignorie et porvoira ses joveignours honorablement selon son povoir.

Et ce que les joveignours auront eu et tendront tant en terres que en deniers tendront tant comme eulx vivront, et les hoirs aux aisnés tendront icelles terre à touz jours mais, et les joveignours qui auront eu deniers ne auront point de hoir après leur mort.

Et si la terre aux aînés chiet en baill, l'aisné frère après lui aura le baill, et s'il n'a frère, ung des amis de luy tendra le baill à qui le déceix de la terre est que icelle terre profitera et gardera a la volunté et octroy du seigneur.

Et s'il advint que la terre advienne à filles par défaut de hoir masle, celi qui aura l'esnée fille aura la terre, et marira les jouveigneures d'icelles terres suffisamment selon la terre et o le conseil des amys prouches du seignour.

Et s'il advient que en la terre a l'esné cheige aucun mariage qui plaise au jouveignour iceli jouveignour aura icely mariage, ne l'esné ne le porra donner à nul autre tant comme le jouveignour le vieille avoir, et si le jouveignour ne le veult avoir et estre yssu et paié hors de la terre et quierge autre mariage, le frère aisné donnera à ses jouveignours de ses choses et de ses meubles suffisamment, et les pourvoira selon le pouvoir de la terre, o le conseil des amys prouches.

Et en après si l'aisné donne terre au jouveignour, de laquelle terre l'aisné receve le jouveignour a homme, et si le jouveignour avait hoir masle ou femelle, la terre tournera a l'hoir du jouveignour après la mort du jouveignour; et si le jouveignour mourait sans hoir, il pourrait donner icelle terre a qui il voudrait de ses prouches amys, ainsi que la terre ne remainge au chef seigneur, et si l'aisné ne receit le jouveignour a homme d'icelle terre, la terre reviendra a l'aisné ou a son hoir après la mort du jouveignour.

Ge. Geffroy, duc de Bretaigne, comte de Richemont et Constance ma femme et tous mes barons de Bretaigne jurasme tenir cette assise, et c'est chose nécessaire que les aisnez et les jouveignours jurassent à la tenir, et si les jouveignours ne voulaient la tenir et jurer. doresnavant n'eussent partie en terre ne en deniers.

Et ceste assise octrasmes à Rolland de Dinan o ses hoirs, à touz jors mes pour toute sa terre, et a ce que soit ferme et estable à touz jors mes, Ge. Geffroy et Constance ma femme, la saellasme en nos sceaux, cestes personnes tesmoins : Herbert, evesque de Rennes ; Pierre, evesque de St-Malo ; Morice, élu de Nantes; Raoul de Foulgères; Alain de Rohan ; Alain, filz au comte Henry ; le filz Gaultier de Bedeuc et plusieurs autres. A Rennes (sans date) (1).

(1) Bibliothèque de la ville, Rennes, Ms. 184, f° 159 (*fin du XVe siècle*).

BIBLIOGRAPHIE

« Ancient laws et Institutes of Wales. Londres, 1841.

Argentré (d'). — Coutume de Bretagne. Paris, 1621.

— Histoire de Bretagne. Paris, 1618.

Aristote. - « De optimo statu reipublicæ ». Libri octo. Paris, 1556.

Baluze. — Capitularia regum francorum. Paris, 1780.

Baud (Le). — Histoire de Bretagne. Paris, 1638.

Beaumanoir. – Coutumes de Beauvoisis (édition Beugnot). Paris, 1842.

Blois (de). — Etudes sur les successions bretonnes dans le Bulletin archéologique de l'association bretonne. — Année 1852.

Borderie (de la). — Histoire de la Bretagne. — Rennes, 1896-1899.

— Cartulaire de Landévennec. – Rennes, 1888.

Bourdot de Richebourg. — Coutumier général. Paris, 1724.

A. du Chatellier. — De quelques modes de la propriété en Bretagne. Paris, 1861.

Chénon. – L'ancien droit dans le Morbihan. Vannes, 1894.

Courson. — Cartulaire de Redon. Paris, 1863.

Essai sur la Bretagne armoricaine. Paris, 1840.

– Histoire des peuples bretons. Paris, 1846.

Dagusseau. – Mémoire sur l'assise. (Œuvres complètes, tom. V, p. 499, édition de 1788).

DARU. — Histoire de Bretagne. Paris, 1827.

DOM LOBINEAU. — Histoire de Bretagne et Preuves. Paris, 1707.

DOM MORICE. — Histoire de Bret. et Preuves. Paris, 1742-1756.

ERNOUF. — Du droit de juveignerie et de son origine probable. France judiciaire, années 1882-1883.

ESMEIN. — Étude sur les contrats dans le très ancien droit français. Paris, 1883.

— Cours d'histoire du droit français. Paris, 1895.

G. D'ESPINAY — L'ancien droit successoral en Basse Bretagne dans la Nouvelle Revue historique du droit, année 1895.

— Le droit d'aînesse en Poitou. Paris, 1896.

EVELYN CECIL. — Primogéniture. Londres, 1895

FAIL (DU). — Les plus solennels arrêts et règlements donnés au Parlement de Bretagne. Nantes, 1715.

P. DE FONTAINES. — Conseil à un ami (édition du Fresne, Paris, 1668).

FURIC. — Usement du domaine congéable. — Rennes, 1664.

FUSTEL DE COULANGES. — La cité antique. Paris, 1890.

GARREAU. — Etat social de la France au temps des croisades. Paris, 1899.

GIRAUD. — Recherches historiques et bibliographiques sur les coutumes de Bretagne (Revue de législ. et de jurispr. Année 1843).

GLASSON. — Le droit de succession au Moyen-Age. Paris, 1893.

LE GUÉVEL. — Commentaire sur l'usement de Rohan. Rennes, 1786.

HÉVIN. — Arrêts du Parlement de Bretagne. Mémoires et plaidoyers de Sébastien Frain. Rennes, 1684.

— Consultations sur la coutume de Bretagne. Rennes, 1734.

— Questions sur les fiefs. Rennes, 1736.

Houard. — Traité sur les coutumes anglo-normandes (texte de Glanville). Paris, 1776.

Klimrath. — Etude sur les coutumes. Paris, 1837

Laboulaye. — Condition civile et politique des femmes. Paris, 1843.

Laferrière — Histoire du droit français. Paris, 1846-1858.

Loth. — L'émigration bretonne en Armorique. Rennes, 1883.

Montesquieu. Esprit des lois. Genève, 1749.

Planiol — Les appropriances par bannies dans la Nouvelle Revue de Droit français et étranger. N° de mai-juin 1890.

— L'assise au comte Geffroy. Paris, 1888.

— La très ancienne coutume de Bretagne. Rennes. 1896.

Pothier. — Traité des successions. Paris, 1819.

Poullain du Parc. — Coutumes générales du païs et duché de Bretagne. Rennes, 1745-1749.

— Journal des audiences du Parlement de Bretagne. Rennes, 1737.

Sauvageau. — Coutumes de Bretagne. Rennes, 1737.

Stubbs. — « Chronica magistri Rogeri de Houvedene » Oxford, 1868-1871.

Tacite. — De moribus germanorum. Paris, 1820.

Taine. — Les origines de la France contemporaine. Paris, 1876.

Vachier. — Le droit d'aînesse. Reims, 1889.

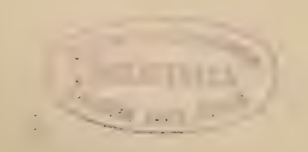
Viollet. — Etablissements de St-Louis. Paris, 1881-1886.

— Histoire du droit civil français. Paris, 1893.

Wotton. — Leges Wallicæ. Londres, 1730.

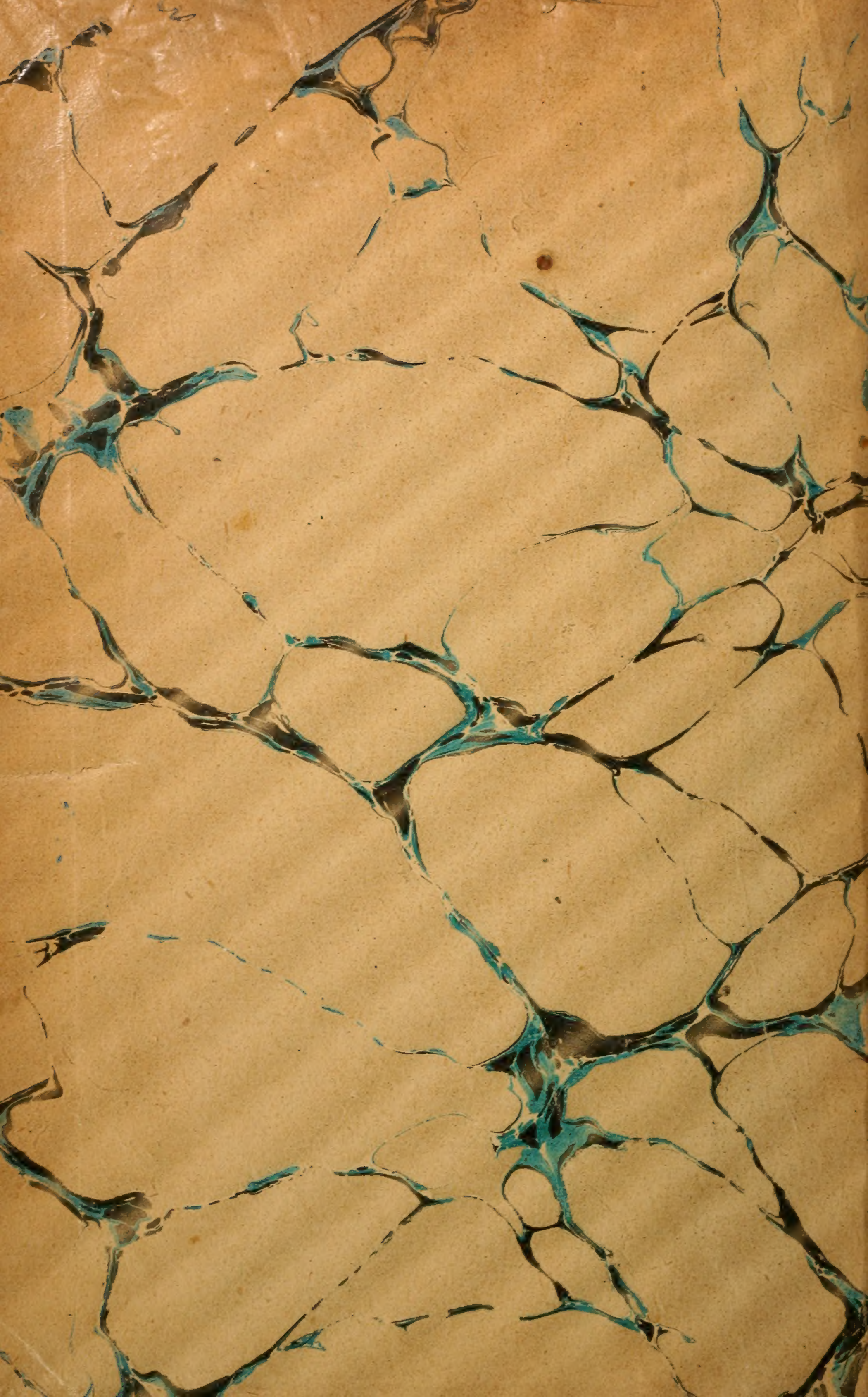
Zeumer. — Formules de Marculfe dans « Monumenta Germaniæ historica », Hanovre, 1882.

TABLE DES MATIÈRES



BEAUVAIS, IMPRIMERIE G. THOLOMÉ, RUE SAINT-JEAN.






a39003 008514571b
DATE DUE
CAT. NO. 1137

